

المغنى

تأليف الشيخ الامام العلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المتوفى سنة ٦٣٠ هـ
على مختصر الامام أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن احمد الحرقى المتوفى سنة ٣٣٤ هـ

ويليه

الشرح الكبير

على متن المغنى ، تأليف الشيخ الامام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن أبي عمر محمد بن أحمد
ابن قدامة المقدسى المتوفى سنة ٦٨٢ هـ كلاهما على مذهب امام الأئمة (أبي عبد الله احمد بن محمد بن
حنبل الشيباني) مع بيان خلاف سائر الأئمة وأدلتهم رضي الله عنهم

الجزء الحامش

﴿ تنبيه ﴾ وضعنا كتاب المغنى في أعلى الصفحات والشرح الكبير في أدناها مفصلاً بينهما بخط عرضي

دار الكتاب العربي

للنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصلح

الصلح معاقدة يتوصل بها الى اصلاح بين المختلفين ، ويتنوع أنواعا صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما قال الله

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

{ باب الصلح }

الصلح معاقدة يتوصل بها إلى إصلاح بين المختلفين ويتنوع أنواعا : صلح بين المسلمين وأهل الحرب و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين اذا خيف الشقاق بينهما . قال الله تعالى (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال تعالى (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال « الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح . وروي عن عمر أنه كتب إلى أبي موسى بمثل ذلك وأجمع العلماء على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرنا ولكل واحد منها باب يفرد له وتذكر فيه أحكامه وهذا الباب للصلح بين المختلفين في الاموال

{ مسألة } (والصلح في الاموال قسمان أحدهما صلح على الاقرار وهو نوعان (أحدهما) صلح على جنس الحق مثل أن يقر له بدين فيضع عنه بعضه أو يعين فيه له بعضها ويأخذ الباقي فيصح إن لم يكن بشرط مثل أن يقول على أن تعطيني الباقي أو يمنعه حقه بدونه)

وجملة ذلك أن من اعترف بدين أو عين في يده فأبرأه الغريم من بعض الدين أو وهبه بعض الدين وطلب منه الباقي صح اذا كانت البراءة مطلقة من غير شرط . قال أحمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وقاه فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض

تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) وقال الله تعالى (وان امرأة خافت من بعلها

شافعي لم يكن عليه في ذلك إثم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد كلم غرماء جابر ليضموا عنه وفي الذي أصيب في حديثه فمر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذه منه ، فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها ، وقد روى عبدالله بن كعب عن أبيه انه تقاضى ابن أبي حدرود ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليهما ثم نادى « يا كعب » قال لييك يا رسول الله . فأشار اليه أن ضم الشطر من دينك . قال قد فعلت يا رسول الله ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « قم فاعطه » متفق عليه فأما إن منعه المقر حقه حتى يضع عنه بعضه فالصلح باطل لانه صالح عن بعض ماله ببعضه وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو الهبة المقرون بشرط مثل أن يقول أبرأتك من خمسمائة أو وهبتك بشرط أن تعطيني ما بقي ، قال ابن أبي موسى الصلح على الاقرار هضم للحق فحق أن لم يترك بعض حقه فتركه من غير طيب نفسه لم يطب لاحد ، وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بسبيل فلم يجعله صلحاً ، ولم يسم الحرقى الصلح إلا في حال الإنكار ، فأما مع الاعتراف فان قضاء من جنس حقه فهو وقاء وإن قضاء من غير جنسه فهو معاوضة وإن أبرأه من بعضه فهو إبراء وإن وهبه بعض العين فهو هبة فلا يسمى صلحاً وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي . والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه ، وهو ينقسم الى إبراء وهبة ومعاوضة وقد ذكرنا الإبراء ، فأما الهبة فهو أن يكون له في يده عين فيقول قد وهبتك نصفها واعطني بقيتها فيصح ويعتبر له شروط الهبة ، وإن أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي ، لانه اذا شرط في الهبة الوفاء جعل الهبة عوضاً عن الوفاء فكأنه عاوض بعض حقه ببعض ، فان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه ، فيقول صالحتك بذلك لم يصح : ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي ، وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه اذا لم يخرج بلفظه خرج عن أن يكون صلحاً ولا يبقى له تعلق به اما اذا كان بلفظه سمي صلحاً لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب ، وانما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا ، وانما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بم عوض سمي بيعاً وان خلا عن العوض سمي هبة

ولنا أن لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه اذا قال صالحني بهبة كذا أو على هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بعني بألف وان أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله (على أن تأجرني ثمانى حجج) وقوله (فهل نجعل لك خراجاً على أن نجعل بيتنا وبينهم سداً) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة ، وقولهم انه يسمى صلحاً

نشوزاً أو اعراضاً فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير) وروى أبو هريرة ان رسول

ممنوع وان سمي صلحاً فجاز لتضمنه قطع التنازع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة ممنوع وان سلمنا لكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظ الصلح يحتاج الى حرف يتعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بينا

(مسئلة) (ولا يصح ذلك ممن لا يملك التبرع كالساكنين والمأذون له وولي اليتيم إلا في حال الانكار وعدم البينة) لانه تبرع وليس لهم التبرع فلما اذا لم يكن بالدين أو كان على الانكار صح لان استيفاءهم البعض عند العجز عن استيفاء الكل أولى من تركه

(مسئلة) (وان صالح عن المؤجل بيعه حالاً لم يصح)

كره ذلك زيد بن ثابت وابن عمر وقال نهى عمر أن تباع العين بالدين وكره ذلك سعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن ومالك والشافعي والثوري وابن عيينه وأبو حنيفة واسحاق وروى عن ابن عباس وابن سيرين والنخعي أنه لا بأس به، وعن الحسن وابن سيرين انهما كانا لا يريان بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لانها تباعا العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بمن مثلاً ولعل ابن سيرين يحتاج بان التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلاً ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يعطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يجوز كما لو كانت معينة وفارق ما اذا كان من غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع ببذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أو مع الشرط كيبيع درهم بدرهمين ويفارق ما اذا اشترى العروض بمن مثلاً لانه لم يأخذ عن الحلول عوضاً

(مسئلة) (وان وضع بعض الحال واجل باقية صح الاسقاط دون التأجيل) اذا صالحه عن الف حال بنصفها مؤجلاً اختياراً منه وتبرعاً صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا والاسقاط صحيح وان فعله لمنعه من حقه بدونه او شرط ذلك في الوفاء لم يسقط على ما ذكرنا في اول الباب وذكر ابو الخطاب في هذا روايتين اصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى (مسئلة) (وان صالح عن الحق بأكثر منه من جنسه مثل ان يصالح عن دية الخطأ او قيمة متلف بأكثر منها من جنسها لم يصح) وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضاً عن المتلف فجاز ان يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

الله ﷻ قال «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحا حرم حلالا أو أحل حراما» أخرجه الترمذي وقال

ولنا ان الدية والقيمة تثبت في الذمة مقدرة فلم يحز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض او ثمن مبيع ولأنه اذا اخذ أكثر منها فقد اخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل (مسئلة) (وان صالحه بمرض قيمته أكثر منها جاز) لأنه بيع

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة بالانلاف بمائة مؤجلة لم تصر مؤجلة وهذا قول الشافعي وعن احمد انها تصير مؤجلة وهو قول ابي حنيفة لأنه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا انه انما استحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة والحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه يما فهو بيع دين بدين وهو غير جائز

(مسئلة) (وان صالحه عن بيت على ان يسكنه سنة او يبنى له فوقه غرفة لم يصح) اذا ادعى على رجل يتنا فصالحه على بعضه او على ان يبنى له ثم على ان يسكنه سنة لم يصح لأنه يصلحه عن ملكه على ملكه او منفعة وان اسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان اعطاه بعض داره بناء على هذا فتى شاء انزعه منه لأنه اعطاه إياه عوضاً عما لا يصلح عوضاً عنه وان فعل ذلك على سبيل المصالحة معتقداً ان ذلك وجب عليه بالصلح رجع عليه باجر ما سكن واجر ما كان في يده من الدار لانه اخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الموجود بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة اجبر على نقضها واذا اجر السطح مدة مقامه في يده وله اخذ آتته، وان اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بعوض جاز وان بنى الغرفة بتراب من ارض صاحب البيت وآلآته فليس له اخذ بنائه لانه ملك صاحب البيت وان اراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويخرج ان يملك نقضه كقولنا في الفاصب

(مسئلة) (ولو قال أقر لي بديني وأعطيك منه مائة ففعل صم الاقرار ولم يصح الصلح) لانه يجب عليه الاقرار بما عليه من الحق فلم يحل له أخذ العوض عما يجب عليه . فعلى هذا يرد ما أخذ لانه تين كذبه باقراره وان عليه الدين فلزمه اداؤه بغير عوض

(مسئلة) (وان صالح انسانا ليقرله بالعبودية او امرأة لتقر له بالزوجية لم يصح) لا يجوز الصلح على ما لا يجوز أخذ العوض عنه مثل ان يدعي على رجل أنه عبده فينكره فيصلحه على مال ليقرله بالعبودية فلا يجوز ذلك لانه يحل حراما فان ارقاق الحر نفسه لا يحل بعوض ولا غيره وكذلك ان صالح امرأة لتقرله بالزوجية لانه صلح يحل حراماً ولأنها لو أرادت بذل نفسها بعوض لم يحز فان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكف نفسه عنها ففيه وجهان

(احدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لاقتداء المؤمنين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البعض من ملك الزوج لا قيمة له وانما

حديث حسن صحيح وروي عن عمر أنه كتب الى أبي موسى بمثل ذلك ، وأجمعت الأئمة على جواز

أجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها (والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقه من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولأنها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين ، ومتى صالحته عن ذلك ثم يثبت الزوجية باقرارها أو بينة فإن قلنا الصلح باطل فالتكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا لما ذكرنا ، واحتمل أن تبين منه بأحد العوضين لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعاً كما لو أقرت له بالزوجية فخالعها ولو ادعت أن زوجها طلقها ثلاثاً فصالحها على مال لتزل عن دعواها لم يحجز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بعوض ولا بغيره ، وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يحجز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذلت له عوضاً ليطلقها ثلاثاً

(مسئلة) (وان دفع المدعى عليه العبودية الى المدعي مالا صلحا عن دعواه صح) لانه يجوز أن يمتق عبده بمال وليشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه .

(النوع الثاني) أن يصالحه عن الحق بغير جنسه فهو معاوضة وذلك مثل أن يعترف له بيمين في يده أو دين في ذمته ثم يعوضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهو ثلاثة أقسام (أحدها) أن يقر له بنقد فيصالحه على نقد آخر مثل أن يقر له بمائة درهم فيصالحه عنها بعشرة دنانير أو بالعكس فهذا صرف يشترط له شروط الصرف من التقابض في المجلس ونحوه

(القسم الثاني) أن يعترف له بمروض فيصالحه على أثمان أو بالعكس فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبده أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فتكون إجارة لها حكم سائر الاجارات فان تلفت الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الإجارة ورجع بما صالح عنه ، وان تلفت بعد استيفاء بعض المنفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ، ولو صالحه على أن يزوجه أمتة وكان ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح عنه صداقاً فان انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجع الزوج بما صالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفه

(مسئلة) (وان صالحت المرأة بزويج نفسها صح فان كان الصلح عن عيب في مبيعها فتبين أنه ليس بميب رجعت بارشه لا بمهر مثلها)

إذا اعترفت امرأة لرجل بدين أو عين فصالحته على أن تزوجه نفسها صح ويكون صداقاً لها فان كان المحترف به عيباً في مبيعها فبان أنه ليس بميب كياض في عين العبد ظنته عيب رجعت بارشه لان ذلك صداقاً فرجعت به لا بمهر مثلها فان لم يزل العيب ولكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

الصلح في هذه الانواع التي ذكرناها ولكل واحد منها باب يفرد له ويذكر فيه احكامه وهذا الباب

(مسئلة) (وان صالح عما في الذمة بشيء في الذمة لم يحز التفرق قبل القبض لانه بيع دين بدين)

وقد نهي الهار عن

(فصل) وان صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة على ما ذكرنا فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللصالح استيفاء منفته الى انقضاء السنة كما لو زوج أمته ثم باعها وان يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في أثناء المدة صح عتقه لانه مملوك يصح بيعه فصح عتقه كغيره، وللصالح أن يستوفي ثمنه في المدة لانه اعتقه بعد ان ملك ثمنه لغيره فأشبه ما لو اعتق الامة المزوجة لحر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما ازال ملكه بالعتق الا عن الرقبة والتافهم حينئذ مملوكة لغيره فلم تلتف منافعه بالعتق فلا يرجع بشيء ولانه اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو اعتق زمنا او مقطوع اليدين او امة مزوجة وذكر القاضي وابن عقيل وجها انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العتق اقضى ازالة ملكه عن الرقبة والمنفعة جميعاً فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكأنه حال بينه وبين منفته

ولنا ان اعتاقه لم يصادف للمعتق سوى ملك الرقبة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقبة عبد ولا آخر بمنفته فأعتق صاحب الرقبة وكما لو اعتق أمة مزوجة قولهم لانه اقضى زوال الملك عن المنفعة قلنا انما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين أن العبد مستحق تبين بطلان الصلح لفساد الموضع ورجع المدعي فيما أقر له به وان وجد العبد مميا عيا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصلح وان صالح على العبد عينه صح والحكم فيها اذا خرج مستحقاً أو ممياً كما ذكرنا

(فصل) واذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرناه في البيع ، فان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يحز لانه ان كان الصلح مطلقاً أو بشرط التبقية لم يحز لانه لا يجوز بيعه وان شرط القطع لم يحز أيضاً لكونه لا يمكنه قطعه الا بقطع زرع الآخر ، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعي بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الارض ليصير الزرع كله للمقر والارض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه ويحتمل أن لا يجوز لان في الزرع ماليس ببيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح شرط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الارض بشرط القطع ليسم الارض اليه فارغة صح لان قطم جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصلح والباقي لتفريغ الارض فأمكن القطع وان كان اقراه بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الارض لتكون الارض والزرع بينهما نصفين وشرطاً القطع في

الصلح بين المتخاصمين في الاموال وهو نوطان صلح على اقرار وصلح على انكار ولم يسم الحرفي الصلح الا في الانكار خاصة

الجميع احتمل الجواز لانها قد شرطا قطع كل الزرع وتسليم الارض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس يبيع فلا يصح بشرط قطعه في العقد

(مسئلة) (وبصح الصلح عن المجهول بمعلوم اذا كان مما لا يمكن معرفته للحاجة)

يصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان مما لا سبيل الى معرفته قال أحمد في الرجل يصالح عن الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولا لا يدري ما هو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز خنطة بقفيز شعير وطحنا فان عرف قيمة دقيق الخنطة ودقيق الشعير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجائر هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا ينه لها به ولا علم لها ولا للورثة بمبلغه وكذلك الرجلان تكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمن الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح بينهما، وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز ان يصالح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا ينه له ولا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت منه في حل ويقول الدافع ان كنت أخذت أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيع والبيع لا يصح على مجهول

ولنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في رجلين اختصما في موارث درست « استهما وتوخيا وليحلل احدهما صاحبه » رواه احمد بمناه وهذا صلح على المجهول ولانه اسقاط حق فصح في المجهول كالتناق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بعينه فلا يصح مع الجهل اولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلها طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يحز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه فرع يسم وانما هو إبراء وان سلمنا كونه فرع يبيع فان البيع يصح في المجهول عند الحاجة كيبيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلّف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال صاحب الطعام لتلقه بتك الطعام الذي في ذمتك بهذا الدرهم أو بهذا الثوب صح . اذا ثبت هذا فتي كان الموضع في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث دارسة وحقوق سائلة أو في أرض أو عين من المال لا يعلم كل واحد قدر حقه صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وان كان يحتاج الى تسليمه لم يحز مع الجهالة ولا بد من العلم به لأن تسليمه واجب والجهالة تمنعه وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فاما ما يمكنها معرفته كتركه موجودة أو يعلمه الذي هو عليه ويجعله صاحبه فلا يصح

﴿مسئلة﴾ قال (والصلح الذي يجوز هو أن يكون للمدعي حق لا يملكه المدعى عليه فيصالحه على بعضه فان كان يعلم ما عليه فجعله فالصلح باطل)

وجملة ذلك ان الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض على ما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصالح على حد القذف. ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا لا نسلم دخوله فيه. ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجوب (أحدهما) أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرما عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه يحل للموهوب له ما كان حراما عليه والاسقاط يحل له ترك اداء ما كان واجبا عليه (الثاني) انه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحا فان الصلح الفاسد لا يحل الحرام وانما معناه ما يتوصل به الى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه كما لو صالحه على استرقاق حر أو احلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس مانع فيه كذلك وعلى أنهم لا يقولون بهذا فانهم يبيحون لمن له حق مجرده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فاذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن يحل برضاه

الصلح عليه مع الجهل قال أحمد ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح، واحتج بقول شريح انما امرأة صولحت من ثمنها فلم يبين لها ما ترك زوجها فهي الربية كلها، قال وان ورث قوم مالا أو دورا وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بالف درهم اكره ذلك، ولا يشترى منها شيئا وهي لا تعلم لعلها تظن انه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشترى حتى تعرفه وتعلم ماهو، انما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ماهو؟ حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله عند رجل والآخر لا يعلمه فيصالحه فانما اذا علم فلم يصالحه انما يريد أن يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لا لبراء الذم وإزالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (القسم الثاني) أن يدعي عليه عينا أو ديناً فينكره ثم يصالحه على مال فيصح ويكون يما في حق المدعي حتى ان وجد بما أخذه مما فله رده وفسخ الصلح)

الصلح على الانكار صحيح وبه قال مالك وأبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه عاوض عما لم يثبت له فلم تصح المعاوضة كما لو باع مال غيره ولاه عند معاوضة خلا عن العوض في أحد جانبيه فبطل كالصلح على حد القذف

ولنا عموم قوله عليه السلام «الصلح بين المسلمين جائز» فيدخل هذا في عمومه فان قالوا فقد قال «الا صلحا أحل حراما» وهذا داخل فيه لانه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه فحل بالصلح قلنا

وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى، ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه وقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الأقرار، بحقيقته أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه ويخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أخذ المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبداً شهد بحريته فانه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنفاذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. إذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصلح إلا أن يكون المدعي معتقداً أن ما ادعاه حق والمدعى عليه يعتقد أنه لا حق عليه في دفعه إلى المدعي شيئاً افتداه ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التبذل وحضور مجلس الحاكم فإن ذوي النفوس النريفة والمروءة يصعب عليهم ذلك ويرون دفع ضررها عنهم من أعظم مصالحهم والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم يبدل أموالهم والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الثابت له فلا يمنعه الشرع من ذلك أيضاً سواء كان المأخوذ من جنس حقه أو من غير جنسه بقدر حقه أو دونه فإن أخذ من جنس حقه بقدره فهو مستوفى له وإن أخذ دونه فقد استوفى بهضه وترك بهضه وإن أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه، ولا يجوز أن يأخذ من جنس حقه أكثر مما ادعاه

قلنا لا نسلم دخوله فيه ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين (أحدهما) أن هذا يؤخذ في الصلح بمعنى البيع فانه يحل لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله وكذلك الصلح بمعنى الهبة فانه محل للدهوب له ما كان حراماً عليه الثاني أنه لو حل به المحرم لكان الصلح صحيحاً فإن الصلح القاسد يحل الحرام وإنما منعناه ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريره كما لو صالحه على استرقاق حر أو إحلال بضع محرم أو صالحه بخمر أو خنزير وليس ما نحن فيه كذلك، وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيعون لمن له حق بجعده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه فإذا حل له ذلك من غير اختياره ولا علمه فلأن محل برضاه وبذله أولى وكذلك إذا حل مع اعتراف الغريم فلأن محل مع جعده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له والمدعى عليه يدفعه لدفع الشر عنه ويقطع الخصومة ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع ولأنه صلح يصح مع الأجنبي فصح مع الخصم كالصلح مع الأقرار، بحقيقته أنه إذا صح مع الأجنبي مع غناه عنه فلأن يصح مع الخصم مع حاجته إليه أولى، وقولهم أنه معاوضة قلنا في حقها أم في حق أحدهما؟ الأول ممنوع والثاني مسلم وهذا لأن المدعي يأخذ عوض حقه من المنكر لعله بثبوت حقه عنده فهو معاوضة في حقه

لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان أخذ من غير جنسه جاز ويكون يما في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره. فان كان الموقوف شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة وإن وجد به عيباً فله رده والرجوع في دعواه ويكون في حق المنكر بمنزلة الإبراء لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما ملكه بالصلح، ولو دفع المدعي عليه ما ادماه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا تثبت فيه الشفعة لان المدعي يعتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ عين ماله مسترجعاً لها من هي عنده فلم يكن يبعها كاسترجاع العين المنصوبة، فالما ان كان أحدها كاذباً مثل أن يدعي المدعي شيئاً يعلم انه ليس له وينكر المنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لان المدعي اذا كان كاذباً فما بأخذه أكل مال بالباطل. أخذه بشره وظلمه ودعواه الباطلة لا عوضاً عن حق له فيكون

والمنكر يعتقد أنه يدفع المال لدفع الخصومة واليمين عنه وتخلصه من شر المدعي فهو أبرأ في حقه وغير ممتنع بثبوت المعاوضة في حق أحد المتعاقدين دون الآخر كما لو اشترى عبد أشهد بحريته فإنه يصح ويكون معاوضة في حق البائع واستنقذاً له من الرق في حق المشتري كذا ههنا. اذا ثبت هذا فلا يصح هذا الصالح الا أن يكون المدعي معتقداً ان ما ادماه حق والمدعي عليه يعتقد أنه لا حق عليه فيقدم الى المدعي شيئاً اقتداءً ليمينه وقطعاً للخصومة وصيانة لنفسه عن التذلل وحضور مجلس الحاكم فان ذوي الانفس الشريفه يصعب عليهم ذلك ويزول دفع ضررها عنهم من أعظم المصالح والشرع لا يمنعهم من وقاية أنفسهم وصياتها ودفع الشر عنهم ببذل أموالهم، والمدعي يأخذ ذلك عوضاً عن حقه الذي يعتقد ثبوته فلا يمنع الشرع من ذلك، سواء كان المأخوذ من جنس حقه بقدر حقه أو دونه فان أخذ من جنس حقه بقدره فقد استوفى حقه وان أخذ دونه فقد استوفى بعضه وترك بعضه وان أخذ من غير جنس حقه فقد أخذ عوضه ولا يجوز ان يأخذ من جنس حقه أكثر منه لان الزائد لا مقابل له فيكون ظالماً بأخذه وان اخذ من غير جنسه جاز ويكون يبعاً في حق المدعي لا اعتقاده أخذه عوضاً فيلزمه حكم إقراره فان وجد بما أخذه عيباً فله رده وفسخ الصلح كما لو اشترى شيئاً فوجده معيباً

(مسئلة) (وان كان شقفاً مشفوعاً ثبتت فيه الشفعة ويكون إبراء في حق الآخر فلا يرد ماصولح

عنه بعب ولا يؤخذ بشفعة)

اذا كان الذي أخذه المدعي شقفاً في دار أو عقار وجبت فيه الشفعة لانه يقر ان الذي أخذه عوضاً فهو كما لو اشتراه ويكون أبرأ في حق المنكر لانه دفع المال اقتداءً ليمينه ودفعاً للضرر عنه لا عوضاً عن حق يعتقد فيلزمه أيضاً حكم إقراره، فان وجد بالمصالح عنه عيباً لم يرجع به على المدعي لا اعتقاده أنه ما أخذ عوضاً وان كان شقفاً لم تثبت فيه الشفعة لانه يعتقد على ملكه لم يزل وما

حراما عليه كمن خوف رجلا بالقتل حتى أخذ ماله وإن كان صادقا والمدعى عليه يعلم صدقه وثبوت حقه فجحدته لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراما والصالح باطل ولا يحل له مال المدعي بذلك وقد ذكره الحنفي في قوله: وإن كان يعلم ما عليه فجحدته فالصالح باطل يعني في الحقيقة. وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تنا لا يعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظواهر والظاهر من المسلم السلامة

(فصل) ولو ادعى على رجل دومة أو قرصاً أو قربة طافى ودبعة أو مضاربة فأنكره واصطلح صاحب لما ذكرناه (فصل) وإن صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو غير اذنه. وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه، ثم لا يخلو الصلح إما أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه لأن قضاء الدين عن غيره جائز باذنه وبغير اذنه فإن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما قضيا عن الميت فأجازته النبي ﷺ وإن كان الصلح عن عين باذن المنكر

ملاكمه بالصالح ولو دفع المدعى عليه إلى المدعي ما ادعاه أو بعضه لم يثبت فيه حكم البيع ولا ثبت فيه الشفعة لأن المدعي ينتقد أنه استوفى بعض حقه وأخذ دين ماله مسترجعاً لما من هي عنده فلم يكن يبعها كاسترجاع العين المنصوبة

(مسئلة) (فإن كان أحدهما طاملاً يكذب نفسه فالصلح باطل في حقه وما أخذه حرام عليه) متى علم أحدهما كذب نفسه كمن ادعى شيئاً يعلم أنه ليس له أو أنكر حقاً يعلم أنه عليه فالصالح باطل في الباطن لأن المدعي إذا كان كاذباً فما يأخذه أكل للمال بالباطل أخذه بشره وظلمه لا عوضاً عن حق فيكون حراماً عليه كمن خوف رجلاً بالقتل حتى أخذ ماله، وإن كان المدعى عليه يعلم صدق المدعي وجحدته لينتقص حقه أو يرضيه عنه بشيء فهو هضم للحق وأكل مال بالباطل فيكون ذلك حراماً والصالح باطل لا يحل له مال المدعي بذلك هذا حكم الباطن وأما الظاهر لنا فهو الصحة لا تنا لا تعلم باطن الحال وإنما ينبنى الأمر على الظاهر والظاهر من حال المسلمين الصحة، ولو ادعى على رجل ودبعة أو قرصاً أو قربة طافى في ودبعة أو مضاربة فأنكره واصطلح صاحب لما ذكرناه

(مسئلة) (فإن صالح عن المنكر أجنبي بغير اذنه صح ولم يرجع عليه في أصح الوجهين) إذا صالح عن المنكر أجنبي صح سواء اعترف للمدعي بصحة دعواه أو لم يعترف وسواء كان باذنه أو بغير اذنه وقال أصحاب الشافعي إنما يصح إذا اعترف للمدعي بصدقه وهذا مبني على صلح المنكر وقد ذكرناه. ثم لا يخلو الصلح أن يكون عن دين أو عين فإن كان عن دين صح سواء كان باذن المنكر أو بغير اذنه فإن علياً وأبا قتادة قضيا عن الميت فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم وإن كان الصلح عن

فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أدائه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وليس هذا بجيد لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أدائه الى المدعي فكيف يلزمه أدائه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر لا غير أما أن يجب له الرجوع بما أداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولا يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ، ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته ، وأما ما اذا صالح عنه باذنه فهو وكيله والتوكيل في ذلك جائز ثم ان أدى عنه باذنه رجع اليه وهذا قول الشافعي وان أدى عنه بغير اذنه متبرعا لم يرجع بشيء وان قضاء محتسبا بالرجوع خرج على الروايتين فيمن قضى دين غيره بغير اذنه لانه قد وجب عليه أدائه بمقتد الصلح بخلاف ما اذا صالح وقضى بغير اذنه فانه قضى ما لا يجب على المنكر قضاؤه

(فصل) وان صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو من ان يعترف للمدعي بصحة دعواه أو لا يعترف له فان لم يعترف له كان الصالح باطلا لانه يشتري منه ما لم يثبت له ولم توجه اليه خصومة يفتدي منها فاشبهه ما لو اشترى منه ملك غيره وان اعترف له بصحة دعواه وكان المدعي ديناً

عين باذن المنكر فهو كالصالح منه لان الوكيل يقوم مقام الموكل وان كان بغير اذنه فهو اقتداء بالمنكر من الخصومة وبراء له من الدعوى وذلك جائز وفي الموضعين اذا صالح عنه بغير اذنه لم يرجع عليه بشيء لانه أدى عنه مالا يلزمه أدائه ، وخرجه القاضي وأبو الخطاب على الروايتين فيما اذا قضى دينه الثابت بغير اذنه وهذا التخريج لا يصح لان هذا لم يثبت وجوبه على المنكر ولا يلزمه أدائه الى المدعي فكيف يلزمه أدائه الى غيره ؟ ولانه أدى عنه ما لا يجب عليه فكان متبرعا كما لو تصدق عنه ومن قال برجوعه فانه يجعله كالمدعي في الدعوى على المنكر اما انه يجب له الرجوع بما اداه حتما فلا وجه له أصلا لان أكثر ما يجب لمن قضى دين غيره أن يقوم مقام صاحب الدين وصاحب الدين ههنا لم يجب له حق ولا لزم الاداء اليه ولم يثبت له أكثر من جواز الدعوى فكذلك هذا ويشترط في جواز الدعوى أن يعلم صدق المدعي فأما ان لم يعلم لم يحل له دعوى بشيء لا يعلم ثبوته

(مسئلة) (وان صالح الاجنبي لنفسه لتكون المطالبة له غير معترف بصحة الدعوى أو معترفاً بها مالا يعجزه عن استنقاذها لم يصح وإن ظن القدرة عليه صح فان عجز عنه فهو مخير بين فسخ الصلح وامضائه) إذا صالح الاجنبي المدعي لنفسه لتكون المطالبة له فلا يخلو إما أن يعترف للمدعي بصحة دعواه

لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، ومن أصحابنا من قال يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وان كان المدعى عيناً فقال الاجنبى للمدعى أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصالح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على تسليمه ثم ان قدر على انتزاعه استقر الصلح وان عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين ان الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد وكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق أو ميت، ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استيفاؤه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه منه فأشبهه شراء العبد الآبق والجلل الشارد فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك ويحتمل ان لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم ان البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والثراء فكان يبيع فاسداً لكونه متلاعياً بقوله معتقداً فساداً ومن لا يعلم يعتقد صحه واجتماع شروطه فصح كما لو علمه مقدوراً على تسليمه

أولاً فان لم يعترف له فالصلح باطل لانه يشترى منه ما لم يثبت له ولم يتوجه اليه خصومة يفندي منها اشبه ما لو اشترى منه ملك غيره، وإن اعترف له بصحة دعواه وكان المدعى ديناً لم يصح لانه اشترى مالا يقدر البائس على تسليمه ولانه يبيع للدين من غير من هو في ذمته، وقال بعض أصحابنا يصح وليس بجيد لان بيع الدين المقر به من غير من هو في ذمته لا يصح فبيع دين في ذمة منكر معجوز عن قبضه أولى، وإن كان المدعى عيناً فقال الاجنبى للمدعى أنا أعلم أنك صادق فصالحني عنها فاني قادر على استنقاذها من المنكر فقال أصحابنا يصح الصلح وهو مذهب الشافعي لانه اشترى منه ملكه الذي يقدر على قبضه ثم ان قدر على أخذه استقر الصلح وإن عجز كان له الفسخ لانه لم يسلم له المعقود عليه فكان له الرجوع إلى بدله ويحتمل انه ان تبين انه لا يقدر على تسليمه تبين أن الصلح كان فاسداً لان الشرط الذي هو القدرة على قبضه معدوم حال العقد فكان فاسداً كما لو اشترى عبده فتبين انه آبق أو ميت ولو اعترف له بصحة دعواه ولا يمكنه استنقاذه لم يصح الصلح لانه اشترى مالا يمكنه قبضه فأشبهه شراء العبد الآبق فان اشتراه وهو يظن انه عاجز عن قبضه فتبين ان قبضه ممكن صح البيع لان البيع تناول ما يمكن قبضه فصح كما لو علمنا ذلك، ويحتمل أن لا يصح لانه ظن عدم الشرط فأشبهه ما لو باع عبداً يظن انه حر أو انه عبد غيره فتبين انه عبده ويحتمل أن يفرق بين من يعلم أن البيع يفسد بالعجز عن تسليم المبيع وبين من لا يعلم ذلك لان من يعلم ذلك يعتقد فساد البيع والثراء فكان يبيع فاسداً

(فصل) فإن قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتره بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك ولكن لأسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه وقال القاضي يصح وهذا مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك الدين ورجع على الاجنبي وعليه بما أدى عنه إن كان أذن له في الدفع وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها فاما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها بإذنه فلا يقدر انكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل انكاره وإنما هو ظالم بالانكار للاجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على اجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بشئ في ذمته فإن اجازته لزم في حقه وإن لم يجزه لزم من اشتراه ، وإن قال الاجنبي للمدعي قد عرف المدعى عليه صحة دعواك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه فصالحه صح وكان الحكم كما ذكرنا لأنه ههنا لم يمتنع من أدائه بل اعترف به وصالحه عليه مع بذله له فأشبه ما لو لم يجده

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن اعترف بحق فصالح على بعضه لم يكن ذلك صلحاً لأنه هضم للحق)

وجملته أن من اعترف بحق وامتنع من أدائه حتى صولح على بعضه فالصالح باطل لأنه صالح عن

لكونه متلاعباً بقوله معتقداً فساداً ومن لا يعلم بعقده صحيحاً وقد بين اجتماع شروطه فصح كما لو عليه مقدوراً على تسليمه .

(فصل) فإن قال الاجنبي للمدعي أنا وكيل المدعى عليه في مصالحتك عن هذه العين وهو مقر لك بها وإنما يجدها في الظاهر فظاهر كلام الخرقى أن الصلح لا يصح لأنه يجدها في الظاهر لينتقص المدعي بعض حقه أو يشتره بأقل من ثمنه فهو هاضم للحق يتوصل إلى أخذ المصالح عنه بالظلم والعدوان فهو بمنزلة ما لو شافه بذلك فقال أنا أعلم صحة دعواك وأن هذا لك لكن لأسلمه إليك ولا أقر لك به عند الحاكم حتى تصالحني منه على بعضه أو عوض عنه ، وقال القاضي يصح وهو مذهب الشافعي قالوا ثم ينظر إلى المدعى عليه فإن صدقه على ذلك ملك العين ورجع الاجنبي عليه بما أدى عنه ، وإن كان أذن في الدفع ، وإن أنكر الاذن في الدفع فالقول قوله مع يمينه ويكون حكمه حكم من قضى دينه بغير إذنه ، وإن أنكر الوكالة فالقول قوله مع يمينه وليس للاجنبي الرجوع عليه ولا يحكم له بملكها في الظاهر ، فاما حكم ملكها في الباطن فإن كان وكل الاجنبي في الشراء فقد ملكها لأنه اشتراها بإذنه

بعض ماله ببعض وهذا محال وسواء كان بلفظ الصلح أو بلفظ الإبراء أو بلفظ الهبة المقررون بشرط مثل أن يقول أبرأتك عن خمسمائة أو وهبت لك خمسمائة بشرط أن تعطيني ما بقي ولو لم يشترط إلا أنه لم يعط بعض حقه إلا بإسقاطه بعضه فهو حرام أيضاً لأنه هضمه حقه ، قال ابن أبي اسحاق الصالح على الأقرار هضم للحق فتنى ألزم المقر له ترك بعض حقه فتركه عن غير طيب نفسه لم يطب الأخذ وإن تطوع المقر له بإسقاط بعض حقه بطيب من نفسه جاز غير أن ذلك ليس بصلح ولا من باب الصلح بمسبيل ، ولم يسم الحرق الصلح إلا في الإنكار على الوجه الذي قدمنا ذكره ، فأما في الاعتراف فإذا اعترف بشيء وقضاء من جنسه فهو وفاء وإن قضاء من غير جنسه فهي معاوضة ، وإن أبرأه من بعضه اختياراً منه واستوفى الباقي فهو إبراء وإن وهب له بعض العين وأخذ باقيها بطيب نفس فهي هبة فلا يسمى ذلك صلحاً ونحو ذلك قال ابن أبي موسى ، وسماه القاضي وأصحابه صلحاً وهو قول الشافعي وغيره والخلاف في التسمية أما المعنى فتفق عليه وهو فعل ماعداً وفاء الحق وإسقاطه على وجه يصح ، وذلك ثلاثة أقسام معاوضة وإبراء وهبة ، فأما المعاوضة فهو أن يعترف له بعين في يده أو دين في ذمته ثم يتفقان على تمويضه عن ذلك بما يجوز تمويضه به وهذا ثلاثة أضرب (أحدها) أن يعترف له بأحد التقدين فيصالحه الآخر نحو أن يعترف له بمائة درهم فيصالحه منها بعشرة دنانير أو يعترف له بعشرة دنانير فيصالحه على مائة درهم فهذا صرف بشرط له شروط الصرف من التقاض في المجلس ونحوه (الثاني) أن يعترف له بعروض فيصالحه على أمان أو بإيمان فيصالحه على عروض فهذا بيع ثبت فيه أحكام البيع ، وإن اعترف له بدين فيصالحه على موصوف في الذمة لم يجوز التفريق قبل القبض لأنه بيع دين بدين (الثالث) أن يصالحه على سكنى دار أو خدمة عبد ونحوه أو على أن يعمل له عملاً معلوماً فيكون ذلك اجارة لها حكم سائر الاجارات ، وإذا أتلف الدار أو العبد قبل استيفاء شيء من المنفعة انفسخت الاجارة

فلا يقدح إنكاره في ملكها لأن ملكه ثبت قبل إنكاره ، وأما هو ظالم بالإنكار للأجنبي وإن كان لم يملكه لم يملكها لأنه اشترى له عيناً بغير إذنه ويحتمل أن يقف على إجازته كما قلنا فيمن اشترى لغيره شيئاً بغير إذنه بثمن في ذمته فإن أجاز له ملكه وإلا لزم من إشرائه ، وإن قال الأجنبي للمدعي قد عرف المدعي عليه صحة دعوائك وهو يسألك أن تصالحه عنه وقد وكلني في المصالحة عنه صح وكان الحكم كما ذكرناه لأنه هنا لم يتمتع من أدائه بل اعترف به وصالح عليه مع بدله فأشبه ما لو لم يجرده

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (يصح الصلح عن القصاص بديات وبكل ما يثبت مهرأ)

وجهة ذلك أن الصلح يجوز عن كل ما يجوز أخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم العمد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له القصاص على هدية ابن خنجرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولأن المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته وإن صالح عن

ورجع بما صالح عنه وإن تلفت بعد استيفاء شيء من المتفعة انفسخت فيما بقي من المدة ورجع بقسط ما بقي ولو صالحه على أن يزوجه جاريته وهو ممن يجوز له نكاح الاماء صح وكان المصالح منه صداقها فن انفسخ النكاح قبل الدخول بامر يسقط الصداق رجوع الزوج بمصالح عنه وان طلقها قبل الدخول رجع بنصفها، وان كان المعترف امرأة فصالحته المدعي على أن تزوجه بنفسها جاز ولو كان المعترف به عيباً في مبيعها فصالحته على نكاحها صح فان زال العيب رجعت بأرشه لان ذلك صداقها فرجعت به لا بمهر مثلها وان لم يزل العيب لكن انفسخ نكاحها بما يسقط صداقها رجع عليها بارشه

(القسم الثاني) الإبراء وهو أن يعترف له بدين في ذمته فيقول قد أبرأتك من نصفه أو جزء معين منه فأعطني ما بقي فيصح اذا كانت البراءة متعلقة من غير شرط قال احمد اذا كان للرجل على الرجل الدين ليس عنده وفاء فوضع عنه بعض حقه وأخذ منه الباقي كان ذلك جائزاً لها ولو فعل ذلك قاض لم يكن عليه في ذلك اثم لان النبي صلى الله عليه وسلم كلم غرماء جابر ليضعوا عنه فوضعوا عنه الشطرون في الذي أصيب في حديثه فر به النبي صلى الله عليه وسلم وهو ملزوم فأشار الى غرمائه بالنصف فأخذوه منه فان فعل ذلك قاض اليوم جاز اذا كان على وجه الصلح والنظر لها، وروى يونس عن الزهري عن عبد الله بن كعب عن أبيه أنه تقاضى ابن أبي حدرد ديناً كان له عليه في المسجد فارتفعت اصواتها حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرج اليها ثم نادى «يا كعب» قال ليك يا رسول الله فأشار اليه: ان ضع الشطر من دينك. قال قد فعلت يا رسول الله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «قم فأعطه» فان قال على

القصاص بعد نخرج مستحقاً رجع بقيته في قول الجميع وان خرج حراً فكذلك وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان الصلح فاسد فيرجع ببذل ما صالح عنه وهو الدية ولنا أنه تعذر تسليم ما جمعه عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً، فان صالحه عن القصاص يحرر يملكان حرته أو عبد يملكان انه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لان الصلح باطل يملكان بطلانه فكأن وجوده كعدمه

(فصل) وان صالح عن دار أو عبد بعوض فخرج العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صالح عنه أو بقيته ان كان بالناً لان الصلح هنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس يبيع وإعاً يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ولو اشترى شيئاً فوجده مبيعاً فصالحه عن عيبه بعد بيان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب

(مسئلة) (ولو صالح سارقاً ليطلعه أو شاهداً ليكنم شهادته أو شفيماً عن شفته أو مقدوماً عن حده لم يصح الصلح وتسقط الشفعة في الحد وجهان)

أن توفي ما بقي بطل لانه ما أبرأه عن بعض الحق الا ليوفيه بقيته فكأنه عاوض بعض حقه ببعض (القسم الثالث) الهبة وهو ان يكون له في يد عین فيقول قد وهبتك نصفها فاعطني بقيتها فيصح ويمتبر له شروط الهبة وان أخرجه مخرج الشرط لم يصح وهذا مذهب الشافعي لانه إذا شرط في الهبة الوفاء جمل الهبة عوضا عن الوفاء به فكأنه عاوض بعض حقه ببعض، وان أبرأه من بعض الدين أو وهب له بعض العين بلفظ الصلح مثل أن يقول صالحني بنصف دينك علي أو بنصف دارك هذه فيقول صالحتك بذلك لم يصح ذكره القاضي وابن عقيل وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال أكثرهم يجوز الصلح لانه إذا لم يحز بلفظه خرج عن ان يكون صلحا ولا يبقى له تعلق به فلا يسمى صلحا أما اذا كان بلفظ الصلح سمي صلحا لوجود اللفظ وان تخلف المعنى كالهبة بشرط الثواب، وأما يقتضي لفظ الصلح المعاوضة اذا كان ثم عوض أما مع عدمه فلا وأما معنى الصلح الاتفاق والرضى وقد يحصل هذا من غير عوض كالتملك اذا كان بموس سمي يما وان خلا عن العوض سمي هبة. ولنا ان لفظ الصلح يقتضي المعاوضة لانه إذا قال طالحني هبة كذا أو على نصف هذه العين ونحو هذا فقد أضاف اليه بالمقابلة فصار كقوله بمعنى بألف، وإن أضاف اليه على جرى مجرى الشرط كقوله تعالى (فهل نجعل لك خراجا على ان تجعل يننا وبينهم سدا) وكلاهما لا يجوز بدليل ما لو صرح بلفظ الشرط أو بلفظ المعاوضة، وقولهم انه يسمى صلحا منوع وان سمي صلحا فجاز لتضمنه قطع النزاع وازالة الخصومة وقولهم ان الصلح لا يقتضي المعاوضة قلنا لا نسلم وان سلمنا لسكن المعاوضة حصلت من اقتران حرف الباء أو على أو نحوها به فان لفظة الصلح تحتاج الى حرف تعدى به وذلك يقتضي المعاوضة على ما بيناه (فصل) وان ادعى على رجل يننا فصالحه على بعضه أو على بناء غرفة فوقه أو على ان يسكنه

إذا صالح السارق والزاني والشارب على أن لا يرفعه الى السلطان لم يصح الصلح ولا يجوز أخذ العوض عنه لأن ذلك ليس بحق فلا يجوز أخذ العوض عنه كسائر ما لاحق له فيه، وإن صالح شاهدا لیکم شهادته لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بحق تلزمه الشهادة به كدين الأدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة فالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض عن شرب الخمر .

(الثاني) ان يصالحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلم يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز ان يصالحه على ان لا يقتله ولا يفصب ماله

(الثالث) أن يصالحه على ان لا يشهد عليه بما يوجب حد الزنا والمرة فلا يجوز أخذ العوض عنه لانه ليس بحق له وان صالح عن حق الشفعة لم يصح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل ولم يجوز العوض عنه لانه ليس بمال فهو كحد النذف وان صالحه عن حد النذف لم يصح الصلح لانه ان كان حدا لله تعالى لم يكن له أن

سنة لم يصح لانه يصلحه في ملكه على ملكه أو منفعة وان أسكنه كان تبرعا منه متى شاء أخرجه منها وان أعطاه بعض داره بناء على هذا فرى شاء انتزعه منه لانه أعطاه إياه عوضا عما لا يصلح عوضا عنه وان فعل ذلك على سبيل المصانحة معتقدا ان ذلك وجب عليه بالصالح رجع عليه بأجر ما سكن وأجر ما كان في يده من الدار لانه أخذه بعقد فاسد فأشبه المبيع الأخوذ بعقد فاسد وسكنى الدار باجارة فاسدة، وان بنى فوق البيت غرفة أجبر على نقضها وإذا أجر السطح مدة مقامه في يديه وله أخذ آلتها، ولو اتفقا على ان يصلحه صاحب البيت عن بنائه بموض جاز، وان بنى الغرفة بتراب من أرض صاحب البيت وآلانه فليس له أخذ بنائه لانه ملك لصاحب البيت وان أراد نقض البناء لم يكن له ذلك اذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ويحتمل ان يملك نقضه كقولنا في الفاصب

(فصل) وإذا صالحه بخدمة عبده سنة صح وكانت اجارة، قد ذكرنا ذلك فان باع العبد في السنة صح البيع ويكون المشتري مسلوب المنفعة بقية السنة وللمستأجر استيفاء منفعة الى انقضاء مدته كما لو زوج أمته ثم باعها وان لم يعلم المشتري بذلك فله الفسخ لانه عيب وان أعتق العبد في اثناء المدة نفذ شقه لانه مملوكه يصبح يبعه فصيح شقه لغيره والمصالح ان ستوفي نفقه في المدة لانه أعتقه بعد ان ملك منفعة لغيره فأشبه ما لو أعتق الامة المزوجة طر ولا يرجع العبد على سيده بشيء لانه ما زال ملكه بالعق الا عن الرقة والمنافع حينئذ مملوكه لغيره فلم تتلف منافعه بالعق فلم يرجع بشيء، وان اعتقه مسلوب المنفعة فلم يرجع بشيء كما لو أعتق زمنا أو مقطوع البدن أو أعتق أمة مزوجة، وذكر القاضى وابن عقيل وحبا آخر انه يرجع على سيده بأجر مثله وهو قول الشافعي لان العقد اقتضى إزالته ملكه عن الرقة والمنفعة جميعا فلما لم تحصل المنفعة للعبد ههنا فكانه حال بينه وبين منفعة ولنا ان اعتاقه لم يصادف العتق سوى ملك الرقة فلم يؤثر الا فيه كما لو وصى لرجل برقة عبد

بأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والمرقة وان كان حقا له لم يجوز الاعتياض عنه لكونه حقا ليس بمال ولهذا لا يسقط الى بدل بخلاف القصاص ولانه شرع لتزويه المرض فلا يجوز أن ينقض عن عرضه بمال، وهل يسقط بالصالح فيه؟ ينفي على الخلاف في كون حد القذف حقا لله تعالى أو لا دمي فان كان حقا لله تعالى لم يسقط بالصالح الآدمي، ولا إسقاطه كحد الزنا وان كان حقا لآدمي سقط بصاحبه واسقاطه كالقصاص .

(مسئلة) (وان أصلحه أن يجري على أرضه أو سطحه ماء معلوما صح)

إذا صالح رجل على موضع قناة من أرضه يجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لان ذلك بيع لموضع من أرضه فلا حاجة الى بيان عمقه لانه اذا ملك الموضع كان له الى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء، وان أصلحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهو اجارة للأرض بشرط له تقدير المدة فان كانت الأرض في يد رجل باجارة جاز له ان يصلح رجلا على إجراء

والآخر بنفقه فأعتق صاحب الرقة وكما لو أعتق أمة مزوجة، وقولهم انه اقتضى زوال الملك عن المنفعة قائما إنما يقتضي ذلك اذا كانت مملوكة له أما اذا كانت مملوكة لغيره فلا يقتضي اعتاقه ازالة ما ليس بموجود وان تبين ان العبد مستحق تبين بظلال الصالح لفساد العوض ورجع المدعى فيها أقر له به وان وجد العبد مملوكا عينا تنقص به المنفعة فله رده وفسخ الصالح وان صالح على العبد بعينه صح الصالح ويكون فيما والحكم فيها إذا خرج مستحقا أو ظهر به عيب كما ذكرنا

(فصل) إذا ادعى زرعاً في يد رجل فأقر له به ثم صالحه منه على دراهم جاز على الوجه الذي يجوز بيع الزرع وقد ذكرنا ذلك في البيع، وان كان الزرع في يد رجلين فأقر له أحدهما بنصفه ثم صالحه عليه قبل اشتداد حبه لم يجوز لانه ان صالحه عليه بشرط التبقية أو من غير شرط القطع لم يجوز لانه لا يجوز بيعه كذلك وان شرط القطع لم يجوز لانه لا يمكن قطعه الا بقطع زرع الآخر، ولو كان الزرع لواحد فأقر للمدعى بنصفه ثم صالحه عنه بنصف الأرض ليصير الزرع كله للمقر والأرض بينهما نصفين فان شرط القطع جاز لان الزرع كله للمقر فجاز شرط قطعه، ويحتمل ان لا يجوز لان في الزرع ما ليس ببيع وهو النصف الذي لم يقر به وهو في النصف الباقي له فلا يصح اشتراط قطعه كما لو شرط قطع زرع آخر في أرض أخرى، وان صالحه منه بجميع الأرض بشرط القطع ليسل الأرض اليه فارغة صح لان قطع جميع الزرع مستحق نصفه بحكم الصالح والباقي لتفريغ الأرض فأمكن القطع، وان كان أقراره بجميع الزرع فصالحه من نصفه على نصف الأرض ليكون الأرض والزرع بينهما نصفين وشرط القطع في الجميع احتمال الجواز لانهما قد شرطاً قطع كل الزرع وتسليم الأرض فارغة واحتمل المنع لان باقي الزرع ليس ببيع فلا يصح شرط قطعه في العقد

الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تجاوز مدة الاجارة وان لم تكن الساقية محفورة لم يجوز أن يصالحه على ذلك لانه لا يجوز احداث ساقية في أرض في يده باجارة، فان كانت الأرض في يده وفقاً عليه فقال القاضي هو كالمستأجر يجوز له ان يصالح على إجراء الماء في ساقية لانه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيفما شاء ما لم ينتقل الملك فيها الى غيره بخلاف المستأجر فانه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المستأجر اذا أذن له في الحفر، فان مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل اليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة؟ على وجهين بناء على ما اذا أجره مدة فوات في أثناء المدة فان قلنا له فسخ الصلح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقت على الورثة

(فصل) وان صالح رجلاً على إجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري مأواه معلوماً إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لأن الماء يختلف بصغر السطح وكبره

(فصل) اذا حصلت اغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة أو على نفس الجدار لزم مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية أخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار، فان امتنع المالك من ازالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على ازالته كما اذا لم يكن مالكا له وان تلف بها شيء لم يضمنه كذلك، ويحتمل أن يجبر على ازالته ويضمن ما تلف به اذا أمر بأزالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما سذكر ان شاء الله تعالى، وعلى كلا الوجهين اذا امتنع من ازالته كان لصاحب الهواء ازالته بأحد الامرين لانه بمنزلة البيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا ههنا وهذا مذهب الشافعي، فان أمكنه ازلتها بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تلزمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا أمكنه اخراج البيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها وان لم يمكنه ازلتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه، فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم فاختلف أصحابنا فقال ابن حامد وابن عقيل بجواز ذلك رطبا كان الغصن أو يابساً لان الجمالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى الصلح عند لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعني عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للفرقة بتجدد له الاولاد والفراس الذي يستأجر له الارض يعظم ويخفو وقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عنه بحال رطبا كان أو يابسا لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص

ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يخرج منه الماء الى السطح لأن ذلك يختلف ولا يفتقر الى ذكر مدة لأن الحاجة تدعو الى ذلك، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر بمدة كما في النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لأن هذا لا يستوفي به منافع المجري دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً في أن الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مثاها والماء الذي على السطح يفتقر الى معرفة قدر السطح لانه يجري منه اقليل والكثير، فان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية لم يجز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به، وان كان ماء السطح يجري على الارض احتمل ان لا يجوز له الصلح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يجز له ان يحفر في أرض غيره ولانه يجعل لغير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها، واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم يكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة الاجارة كما قلنا في اجراء الماء في الساقية

وربما ذهب كله، وقال القاضي ان كان يابسا معتمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه لان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت، وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تباع الهواه وهذا مذهب الشافعي واللائق بمذهب أحمد سحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى الضرر به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواه كالقرار في كونه مملوكا لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(فصل) وان صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها أو بثمرها كله فقد نقل المروذي واسحاق ابن ابراهيم عن أحمد أنه سئل عن ذلك فقال : لا أدري فيحتمل أن يصح ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه أنه قال : انما شجرة ظلات على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل أن لا يصح وهو قول الأكثرين واليه ذهب الشافعي لان الموضع مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالموضع ولان المصالح عليه أيضا مجهول لانه يزيد ويتغير على ما أسلفناه ووجه الاول أن هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصالح على مجرى مياه الامطار والصالح على الموارث الدارسة والحقوق المجهولة اتى لا سبيل الى علمها ، ويقوى عندي أن الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منها يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواه يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويمتنع من قطعها وازالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا بمجهول والثمرة في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والمود فيها قاله لا مجرد اباحة

(فصل) واذا أراد ان يجري ماء في أرض غيره فغير ضرورة لم يحز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين (أحدهما) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة ولان مثل هذه الحاجة لا تبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الاتفاع بشيء من منافها المحرمة عليه بمثل الحاجة (والاخرى) يجوز لما روي ان الضحاك بن خليفة ساق خليجاً من العريض فأراد أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك لم تمنعني وهو منفع لك تشربه أولاً وآخرأ ولا يضرك فأبى محمد فسلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره ان يخلي سبيله فقال محمد لا والله فقال عمر لم تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك افق؟ تشربه أولاً وآخرأ فقال محمد لا والله فقال عمر والله لبرن به ولو على بطنك فأمره عمر أن يمر به ففعل. رواه مالك في الموطأ وسعيد في سننه والاول أقيس وقول عمر بخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أول

(فصل) وان صالح رجلاً على أن يسقي أرضه من هر الرجل يوماً أو يومين أو من عبده وقدره بشيء يعلم به لم يجز ذكره القاضي لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولا أنه

من كل واحد منها لصاحبه فجري مجرى قول كل واحد منها لصاحبه اسكن داري واسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أيجتك الاكل من ثمرة بستانى فأبجنى الاكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعنى أجري في أرضك ماء ولك أن تسقي به ما شئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بالاولى فان هذا لما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي الزام القطع ضرر كبير واتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل الى صاحب الهواء ضرر عليه وفيما ذكرناه جمع بين الامر من ونظر للفريقين وهو على وفق الاصول فكان أولى

(فصل) وكذلك الحكم في كل ما امتد من عروق شجرة انسان الى أرض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من ثبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم يؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الفروع الا ان العروق لا تمر لما فان اتفقا على أن مانبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيأذكرنا فعلى قولنا اذا اصطالحا على ذلك فضت مدة ثم أبى صاحب الشجرة دفع نباتها الى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه انما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلمه له رجم بأجر المثل كالمثل بذلها بموض فلم يسلم له وكذلك الحكم فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو ذلق من أخشابه الى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

(فصل) وإذا صالحه على المؤجل بعهده حالا لم يحز كرهه زيد بن ثابت وابن عمر وقال نبي عمر أن تباع العين بالدين وسعيد بن المسيب والقاسم وسالم والحسن والشعبي ومالك والشافعي والثوري وابن عينة وهشيم

مجهول قال وان صالحه على سهم من العين أو النهر كالثلث والرابع جاز وكان بيعا للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء عما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة بدليل ماله أخذه في قريته والصلح يجوز على ماله يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد والصلح على المجهول

(مسئلة) (ويجوز ان يشتري عمراً في دار وموضعا في حائطه يفتح بابا، وبقعة يحفرها بئراً) لان هذه الاماكن يجوز بيعها وإجارتها لحاجز الاعتياض عنها كالدور

(مسئلة) (وان يشتري علو بيت يبنى عليه بنيانا موصوفا) اذا كان البيت مبنياً لما ذكرناه (فان كان البيت غير مبني لم يجوز في أحد الوجهين) ذكره القاضي واصحاب الشافعي لانه ميسم للهواء دون القرار والثاني يجوز لانه ملك للمصالح لحاجز له أخذ عوضه كالقرار وانما يجوز بشرط أن يصف الملو والسفل بما يعلم به لان من شرط صحة البيع العلم بالمبيع

(مسئلة) (وان حصل في هوائه أغصان شجرة غيره فطالبه بازالتها فله ذلك فان أبى فله قطعها) وجهة ذلك انه اذا حصلت اغصان شجرة في هواء ملك غيره أو هواء جدار له فيه شركة لزم

وأبو حنيفة وأصحابه وروى عن ابن عباس والنخعي وابن سيرين أنه لا بأس به وعن الحسن وابن سيرين أنها كما لا يران بأساً بالعروض ان يأخذها من حقه قبل محله لأنها تنابها العروض بما في الذمة فصح كما لو اشتراها بثمن مثلاً، ولعل ابن سيرين يحتج بأن التعجيل جائز والاسقاط وحده جائز فجاز الجمع بينهما كما لو فعلا ذلك من غير مواطاة عليه

ولنا أنه يبذل القدر الذي يحطه عوضاً عن تعجيل ما في ذمته ويبيع الحلول والتأجيل لا يجوز كما لا يجوز أن يبطيه عشرة حالة بعشرين مؤجلة ولأنه يبيعه عشرة بعشرين فلم يحز كما لو كانت معيبة ويفارق ما إذا كان عن غير مواطاة ولا عقد لان كل واحد منهما متبرع يبذل حقه من غير عوض ولا يلزم من جواز ذلك جوازه في العقد أومع الشركة كبيع درهم بدرهمين، ويفارق ما إذا اشترى العروض بثمن مثلاً لأنه لم يأخذ عن الحلول عوضاً، فأما ان صالحه عن ألف حالة بنصفها مؤجلاً فان فعل ذلك اختياراً منه وتبرعا به صح الاسقاط ولم يلزم التأجيل لان الحال لا يتأجل بالتأجيل على ما ذكرنا فيما مضى والاسقاط صحيح، وان فعله لمنعه من حقه بدونه أو شرط ذلك في الوفاء لم يسقط شيء أيضاً على ما ذكرنا في أول الباب وذكر أبو الخطاب في هذا روايتين أصحهما لا يصح وما ذكرنا من التفصيل أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) ويصح الصلح عن المجهول سواء كان عينا أو دينا اذا كان بما لا سبيل الى معرفته . قال أحمد في الرجل يصالح على الشيء فان علم أنه أكثر منه لم يحز الا أن يوقفه عليه الا أن يكون مجهولاً لا يدري ماهو ، ونقل عنه عبد الله اذا اختلط قفيز حنطة بقفيز شعير وطحخان عرف قيمة دقيق الحنطة

مالك الشجرة ازالة تلك الاغصان اما بردها الى ناحية اخرى واما بالقطع لان الهواء ملك لصاحب القرار فوجب ازالة ما يشغله من ملك غيره كالقرار فان امتنع المالك من إزالته لم يجبر لانه من غير فعله فلم يجبر على إزالته كما لو لم يكن ملكه وان تلف بها شيء لم يضمنه لذلك ويحتمل ان يجبر على إزالته ويضمن ما تلف به اذا امر بإزالته فلم يفعل بناء على ما اذا مال حائطه الى ملك غيره على ما ذكره ان شاء الله تعالى، وعلى كلى الوجهين اذا امتنع من إزالته كان لصاحب الهواء إزالته باخذ الامرين لانه بمنزلة البهيمة التي تدخل داره له اخراجها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي، فان امكنه إزالته بلا اتلاف ولا قطع من غير مشقة تازمه ولا غرامة لم يجز له اتلافها كما أنه اذا امكنه اخراج البهيمة من غير اتلاف لم يجز له اتلافها فان اتلفها في هذه الحال غرمها، وان لم يمكنه إزالتها الا بالاتلاف فله ذلك ولا شيء عليه فانه لا يلزمه اقرار مال غيره في ملكه

(مسئلة) (فان صالحه عن ذلك بموض لم يحز) اختلف اصحابنا في ذلك فقال أبو الخطاب لا تصح المصالحة عن ذلك بحال رطباً كان الغنم أو يابساً لان الرطب يزيد ويتغير واليابس ينقص وربما ذهب كله ، وقال ابن جهم وابن عقيل يجوز ذلك رطباً كان الغنم أو يابساً لان الجبال في المصالح عنه

ودقيق التعبير بيع هذا وأعطى كل واحد منهما قيمة ماله الا أن يصطلحا على شيء ويتحالا وقال ابن أبي موسى الصلح الجاز هو صلح الزوجة من صداقها الذي لا ينبت لها به ولا علم لها ولا لورثة بمبلغه وكذلك الرجلان يكون بينهما المعاملة والحساب الذي قد مضى عليه الزمان الطويل لا علم لكل واحد منهما بما عليه لصاحبه فيجوز الصلح، بينهما وكذلك من عليه حق لا علم له بقدره جاز أن يصلح عليه وسواء كان صاحب الحق يعلم قدر حقه ولا ينبت له او لا علم له ويقول القابض ان كان لي عليك حق فأنت في حل منه ويقول الدافع ان كنت أخذت مني أكثر من حقك فأنت منه في حل وقال الشافعي لا يصح الصلح على مجهول لانه فرع البيم ولا يصح البيع على مجهول

ولنا ما روي عن النبي ﷺ أنه قال في رجلين اختصما في موارث درست «استهما وتوخيا وليحلل أحدهما صاحبه» وهذا صلح على المجهول ولانه إسقاط حق فصح في المجهول كالنفاق والطلاق ولانه اذا صح الصلح مع العلم وامكان أداء الحق بينهما فلا يصح مع الجهل أولى وذلك لانه اذا كان معلوما فلهما طريق الى التخلص وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح أفضى الى ضياع المال على تقدير أن يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه منه ولا نسلم كونه بيعاً ولا فرع بيع وانما هو ابراء وان سلمنا كونه بيعاً فانه يصح في المجهول عند الحاجة بدليل بيع أساسات الحيطان وطبي الآبار وما مأكوله في جوفه ولو أتلف رجل صبرة طعام لا يعلم قدرها فقال

لا نعلم الصحة لكونها لا تمنع التسليم بخلاف الدوض فانه يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة داعية الى ذلك لكون ذلك يكثر في الاملاك المتجاورة وفي القطع اتلاف وضرر والزيادة المتجددة يعنى عنها كالمسمن الحادث في المستأجر للركوب والمستأجر للقرفة يتجدد له أولاد والفراس المستأجر له الارض يعظم ويحفو وقال القاضي ان كان يابساً متمداً على نفس الجدار صحت المصالحة عنه ولان الزيادة مأمونة فيه ولا يصح الصلح على غير ذلك لان الرطب يزيد في كل وقت وما لا يعتمد على الجدار لا يصح الصلح عليه لانه تبع الهواء وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا واللائق بمذهب أحمد صحته لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى العلم به سبيل وذلك لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليم وهذا كذلك والهواء كالقرار في كونه ملكاً لصاحبه فجاز الصلح على ما فيه كالذي في القرار

(مسألة) (وان اتفقا على ان الثمرة له أو بينهما جاز ولم يلزم)

وجملة ذلك انه اذا صالحه عن ذلك بجزء من الثمرة أو بالثمره كلها فقد نقل المروذي واسحاق بن ابراهيم عن أحمد انه سئل عن ذلك فقال لأدري فيحتمل ان يصح ، ونحوه قال مكحول فانه نقل عنه (المفني والشرح الكبير) (٤) (الجزء الخامس)

صاحب الطعام لمنقلقه بعتك الطعام الذي في ذمتك بهذه الدراهم أو بهذا الثوب صح اذا ثبت هذا فان كان العوض في الصلح مما لا يحتاج الى تسليمه ولا سبيل الى معرفته كالتخصمين في موارث دارسة وحقوق سالقه أو في ارض أو عين من المال لا يعلم كل واحد منهما قدر حقه منها صح الصلح مع الجهالة من الجانبين لما ذكرناه من الخبر والمعنى وان كان مما يحتاج الى تسليمه لم يجوز مع الجهالة ولا بد من كونه معلوماً لان تسليمه واجب والجهالة تمنع التسليم وتقضي الى التنازع فلا يحصل مقصود الصلح

(فصل) فأما ما يمكنهما معرفته كتركه موجودة أو يملكه الذي هو عليه وبجهله صاحبه فلا يصح الصلح عليه مع الجهل قال أحمد : ان صولحت امرأة من ثمنها لم يصح واحتج بقول شريح أيما امرأة صولحت من ثمنها لم يتبين لها ما ترك زوجها فهي الرية كلها قال وان ورث قوم مالا ودوراً وغير ذلك فقالوا لبعضهم نخرجك من الميراث بألف درهم أكره ذلك ولا يشتري منها شيء وهي لا تعلم لعلها تظن أنه قليل وهو يعلم أنه كثير ولا يشتري حتى تعرفه وتعلم ما هو، وأما يصلح الرجل الرجل على الشيء لا يعرفه ولا يدري ما هو حساب بينهما فيصالحه، أو يكون رجل يعلم ماله على رجل والاخر لا يعلمه فيصالحه، فأما اذا علم فلم يصالحه انما يريد يهضم حقه ويذهب به وذلك لان الصلح انما جاز مع الجهالة للحاجة اليه لا براء الذم وازالة الخصام فمع امكان العلم لا حاجة الى الصلح مع الجهالة فلم يصح كالبيع (فصل) ويصح الصلح عن كل ما يجوز اخذ العوض عنه سواء كان مما يجوز بيعه أو لا يجوز فيصح عن دم للعبد وسكنى الدار وعيب المبيع ومتى صالح عما يوجب القصاص بأكثر من دينه أو أقل جاز وقد روي أن الحسن والحسين وسعيد بن العاص بذلوا للذي وجب له انقصاص على هدية بن خشرم سبع ديات فأبى أن يقبلها ولان المال غير متعين فلا يقع العوض في مقابلته فأما ان صالح عن قتل الخطأ بأكثر من دينه من جنسها لم يجوز وكذلك لو أنفق عبداً أو شيئاً غيره فصالح عنه بأكثر من قيمته

أنه قال أيما شجرة ظلت على قوم فهم بالخيار بين قطع ما ظلل أو أكل ثمرها، ويحتمل ان لا يصح وهو قول الأكثر وبه قال الشافعي لان العوض مجهول فان الثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض ولان المصالح عليه أيضاً مجهول لانه يزيد ويتغير على ما سلفناه، ووجه الاول ان هذا مما يكثر في الاملاك وتدعو الحاجة اليه وفي القطع اتلاف فجاز مع الجهالة كالصلح على مجرى مياه الاطوار وعلى الموارث الدارسة والحقوق المجهولة التي لا سبيل الى علمها

قال شيخنا ويقوى عندي ان الصلح هنا يصح بمعنى ان كل واحد منهما يبيع صاحبه ما بذل له فصاحب الهواء يبيع صاحب الشجرة ابقاءها ويتمتع من قطعها وإزالتها وصاحب الشجرة يبيعه ما بذل له من ثمرتها ولا يكون هذا بمعنى البيع لان البيع لا يصح بمعدوم ولا مجهول والثمره في حال الصلح معدومة مجهولة ولا هو لازم بل لكل واحد منهما الرجوع عما بذله والعود فيما قاله لانه مجرد اباحة من كل واحد منهما لصاحبه فجزى مجرى قول كل واحد منهما لصاحبه اسكن داري وأسكن دارك من غير تقدير مدة ولا ذكر شروط الاجارة أو قوله أبحثك إلا أكل من ثمرة بستانى فأبجني إلا أكل من ثمرة بستانك وكذلك قوله دعني

من جنسها لم يحجز . وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز لانه يأخذ عوضا عن المتلف فجاز أن يأخذ أكثر من قيمته كما لو باعه بذلك

ولنا أن الدية والقيمة ثبتت في الذمة مقدرة فلم يحجز ان يصلح عنها بأكثر منها من جنسها كالثابتة عن قرض أو ثمن مبيع ولانه اذا أخذ أكثر منها فقد أخذ حقه وزيادة لا مقابل لها فيكون أكل مال بالباطل فأما ان صالحه على غير جنسها بأكثر قيمة منها جاز لانه بيع ، ويجوز أن يشتري الشيء بأكثر من قيمته أو أقل

(فصل) ولو صالح عن المائة الثابتة في الذمة بالانلاف بمائة مؤجلة لم يحجز وكانت حالة وبهذا قال الشافعي وعن أحمد يجوز وهو قول أبي حنيفة لانه عاوض عن المتلف بمائة مؤجلة فجاز كما لو باعه إياه ولنا أنه إنما يستحق عليه قيمة المتلف وهو مائة حالة ، الحال لا يتأجل بالتأجيل وان جعلناه بيعاً فهو بيع دين بدين وبیم الدين بالدين غير جائز

(فصل) ولو صالح عن النصاص بعبد فخرج مستحقاً رجع بقيمته في قولهم جميعاً وان خرج حراً فكذلك . وبه قال أبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة يرجع بالدية لان انصلح فاسد فرجع ببذل ما صلح عنه وهو الدية . ولنا أنه تعذر تسليم ما جعله عوضاً فرجع في قيمته كما لو خرج مستحقاً

(فصل) ولو صالح عن دار أو عبد بعوض فوجد العوض مستحقاً أو حراً رجع في الدار وما صلح عنه أو بقيمته ان كان تالفاً لان الصلح ههنا بيع في الحقيقة فاذا تبين أن العوض كان مستحقاً أو حراً كان البيع فاسداً فرجع فيما كان له بخلاف الصلح عن القصاص فانه ليس ببيع وإنما يأخذ عوضاً عن اسقاط القصاص ، ولو اشترى شيئاً فوجده معيباً فصالحه عنه بعبد فبان مستحقاً أو حراً رجع بارش العيب

أجري في أرضك ماء ولاك أن تسقى به ماشئت وتشرب منه ونحو ذلك فهذا مثله بل أولى فان هذا مما تدعو الحاجة اليه كثيراً وفي إلتزام القطع ضرر كثير وإلتلاف أموال كثيرة وفي الترك من غير نفع يصل صاحب الهواء ضرر عليه ، وفيما ذكرناه جمع بين الأمرين ونظر للفريقين وهو على وفق الأصول فكان أولى .

(فصل) وكذلك الحكم فيما امتد من عروق شجر انسان الى ارض جاره سواء أثرت ضرراً مثل تأثيرها في المصانع وطبي الآبار وأساس الحيطان أو منها من نبات شجر لصاحب الارض أو زرع أو لم تؤثر فان الحكم في قطعه والصلح عنه كالحكم في الفروع إلا أن العروق لا تملكها فان اتفقا على أن ما ينبت من عروقها لصاحب الارض أو جزء معلوم منه فهو كالصلح على الثمرة فيما ذكرناه ، فعلى قولنا إذا اصطالحا على ذلك فضت مدة ثم أتى صاحب الشجرة دفع نباتها إلى صاحب الارض فعليه أجر المثل لانه إنما تركه في أرضه لهذا فلما لم يسلم له رجع باجر المثل كما لو بذلها بعوض لم يسلم له وكذلك فيمن مال حائطه الى هواء ملك غيره أو زلف من أخشابه إلى ملك غيره فالحكم فيه على ما ذكرناه

ولو كان البائع امرأة فزوجته نفسها عوضاً عن أرض العيب فزال العيب رجعت بارشته لا بمهر المثل لأنها رضيت ذلك مهرأ لها

(فصل) ولو صالحه عن القصاص بحر يعلنان حرته أو عبد يعلنان أنه مستحق أو تصالحا بذلك عن غير القصاص رجع بالدية وبما صالح عنه لأن الصلح ههنا باطل يعلنان بطلانه فكان وجوده كعدمه (فصل) إذا صالح رجلاً على موضع قناة من أرضه تجري فيها ماء وبيننا موضعها وعرضها وطولها جاز لأن ذلك يبيع موضع من أرضه ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه فله أن يترك فيه ما شاء وإن صالحه على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها فهذا إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة لأن هذا شأن الإجارة فإن كانت الأرض في يد رجل بإجارة جاز له أن يصالح رجلاً على إجراء الماء فيها في ساقية محفورة مدة لا تتجاوز مدة إجارته وإن لم تكن الساقية محفورة لم يجز أن يصالحه على ذلك لأنه لا يجوز أحداث ساقية في أرض في يده بإجارة فأما إن كانت الأرض في يده وفاقا عليه فقال القاضي هو كالمتأجر له أن يصالح على إجراء الماء في ساقية محفورة في مدة معلومة وليس له أن يحفر فيها ساقية لأنه لا يملكها إنما يستوفي منفعتها كالأرض المستأجرة سواء وهذا كله مذهب الشافعي، والاولى أنه يجوز له حفر الساقية لأن الأرض له وله التصرف فيها كيف شاء ما لم ينقل الملك فيها إلى غيره بخلاف المتأجر فإنه إنما يتصرف فيها بما أذن له فيه فكان الموقوف عليه بمنزلة المتأجر إذا أذن له في الحفر فإن مات الموقوف عليه في أثناء المدة فهل لمن انتقل إليه فسخ الصلح فيما بقي من المدة

❦ مسألة ❦ (ولا يجوز أن يشرع إلى طريق نافذ جناحاً ولا ساباطاً ولا دكاً)

الجناح هو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة إلى الطريق لا يجوز إخراجها سواء كان يضر بالمارة في العادة أو لا يضر ولا يجوز أن يجعل عليها ساباطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على جدارين سواء كان الجداران ملكه أو لم يكونا إذن الامام في ذلك أو لم يأذن، وقال ابن عقيل إن لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام فحرق اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ، وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لا يضر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلبه، وقال مالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز إذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منه لأنه ارتفق بما لم ينعين ملك أحد فيه من غير مضرة فأشبهه المني في الطريق والجلوس فيها واختلافوا في الذي لا يضر ماهو فقال بعضهم إن كان في شارع تمر فيه الخيوش فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورحمه منصوب لا يبلغه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالعماريات والمحامل .

ولنا أنه بنى في ملك غيره بغير اذنه فلم يجز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن أهله، وبفارق الروشن فإنها جعلت لذلك ولا مضرة فيه والموس لا يدوم ولا يمكن التحرز

على وحسين بناء على ما اذا آجره مدة فوات في أثنائها فان قلنا له فسخ الصالح ففسخه رجع المصالح على ورثة الذي صالحه بقسط ما بقي من المدة، وان قلنا ليس له الفسخ رجع من انتقل اليه الوقف على الورثة (فصل) وان صالح رجلا على اجراء ماء سطحه من المطر على سطحه أو في أرضه عن سطحه أو في أرضه عن أرضه جاز اذا كان ما يجري ماء معلوما إما بالمشاهدة وإما بمعرفة المساحة لان الماء يختلف بصغر السطح وكبره ولا يمكن ضبطه بغير ذلك. ويشترط معرفة الموضع الذي يجري منه الماء الى السطح لان ذلك يختلف، ولا يفتقر الى ذكر مدة لان الحاجة تدعو الى هذا، ويجوز العقد على المنفعة في موضع الحاجة غير مقدر كافي النكاح، ولا يملك صاحب الماء مجراه لان هذا لا يستوفي به منافع المجرى دائماً ولا في أكثر المدة بخلاف الساقية، ويختلفان أيضاً ان الماء الذي في الساقية لا يحتاج الى ما يقدر به لان تقدير ذلك حصل بتقدير الساقية، فانه لا يملك أن يجري فيها أكثر من مائها والماء الذي على السطح يحتاج الى معرفة مقدار السطح لانه يجري منه القليل والكثير، وان كان السطح الذي يجري عليه الماء مستأجراً أو عارية مع انسان لم يجوز أن يصالح على اجراء الماء عليه لانه يتضرر بذلك ولم يؤذن له فيه فلم يكن له أن يتصرف به بخلاف الماء في الساقية المحفورة فان الارض لا تتضرر به وان كان ماء السطح يجري على أرض احتل أن لا يجوز له الصالح على ذلك لانه ان احتاج الى حفر لم يحجز له ان يحفر أرض غيره ولانه يحمل لغير صاحب الارض رسماً فربما ادعى استحقاق ذلك على صاحبها واحتمل الجواز اذا لم يحتج الى حفر ولم تكن فيه مضرة لانه بمنزلة اجراء الماء في ساقية محفورة ولا يجوز الا مدة لا تزيد على مدة اجارته كما قلنا في اجراء الماء في الساقية والله أعلم (فصل) واذا أراد أن يجري ماء في أرض غيره لغير ضرورة لم يحجز الا باذنه وان كان لضرورة مثل أن يكون له أرض للزراعة لها ماء لا طريق له الا أرض جاره فهل له ذلك؟ على روايتين

منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعول الارض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي وقد رأينا مثل هذا كثيراً، وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها

ولنا على أبي حنيفة أنه بنى في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يحجز فلم يحجز بغير إذنه كما لو أخرجهم إلى هواء دار مشتركة وذلك لان حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منهم فالساكنان فلا يجوز بناءه في الطريق بغير خلاف علمناه سواء كان الطريق وواسعاً أو لا وسواء أذن فيه الامام أو لم يأذن لانه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولا يؤول الى المضرة ويضيق عليهم ويعثر به العار أشبه ما لو كان الطريق ضيقاً .

(فصل) ولا يجوز إخراج الميازيب إلى الطريق الاعظم ولا إلى درب غير نافذ إلا باذن أهله وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجه الى الطريق الاعظم لان عمر اجتاز على دار العباس

(أحداها) لا يجوز لانه تصرف في أرض غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو لم تدع اليه ضرورة لان مثل هذه الحاجة لا يبيح مال غيره بدليل أنه لا يباح له الزرع في أرض غيره ولا البناء فيها ولا الانتفاع بشيء من منافعها المحرمة عليه قبل هذه الحاجة

(والاخرى) يجوز لما روي أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا من البريخ فأراد أن يمر به في ارض محمد بن مسلمة فأبى فقال له الضحاك : لم تمنني وهو منفعة لك تشربه أولا وأخرا ولا يضرك ؟ فأبى محمد فكلم فيه الضحاك عمر فدعا عمر محمد بن مسلمة وأمره أن يخلي سبيله فقال محمد : لا والله فقال له لم تمنع اخاك ما ينفعه وهو لك نافع تشربه أولا وأخرا ؟ فقال محمد لا والله فقال عمر : والله ليمرن به ولو على بطنك فامرهم عمر أن يمر به ففعل . رواه مالك في موطنه وسعيد في سنته والاول أقيس وقول عمر يخالفه قول محمد بن مسلمة وهو موافق للاصول فكان أولى

(فصل) وإن صالح رجلا على أن يسقي أرضه من نهر الرجل يوما أو يومين أو من عينه وقدره بشيء يعلم به فقال القاضي لا يجوز لان الماء ليس بمملوك ولا يجوز بيعه فلا يجوز الصلح عليه ولانه مجهول . قال وإن صالحه على سهم من المين أو النهر كالثلث أو الربع جاز وكان يبا للقرار والماء تابع له ويحتمل أن يجوز الصلح على السقي من نهره وقناته لان الحاجة تدعو الى ذلك والماء مما يجوز اخذ الموضع عنه في الجملة بدليل ما لو اخذه في قريته أو انائه ويجوز الصلح على ما لا يجوز بيعه بدليل الصلح عن دم العمد واشباهه والصلح على المجهول

وقد نصب ميزابا إلى الطريق فقلعه فقال العباس ثقاه وقد نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال والله لا نصبته إلا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فأغبره فعله ما لم يتم دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو إلى ذلك ولا يمكنه رد مائه إلى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر

ولنا ان هذا تصرف في هواء مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فبنيجسهم ويزاق الطريق ويجعل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل أنه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل أن يجوز ذلك لان الحاجة دائمة اليه والمادة جارية به مع ما فيه من الخبر المذكور

(مسئلة) (ولا يجوز أن يفعل ذلك في ملك إنسان أو درب غير نافذ إلا بأذن أهله)

أما في ملك الانسان فلا يجوز بغير اذنه لانه تصرف في ملك الغير فلم يجوز بغير اذنه فلا يجوز ذلك في الدرب وبه قال الشافعي في الجناح والساباط اذا لم يكن له في الدرب باب، وان كان له في الدرب باب فقد اختلف اصحابه فمنهم من منعه أيضا ومنهم من اجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافا فذلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ

(فصل) ولا يصح الصلح على ما لا يجوز اخذ العوض عنه مثل ان يصلح امرأة لتقر بالزوجة لانه صلح محل حراما ولا نها لو أرادت بذل نفسها بموض لم يحز وان دفعت اليه عوضا عن هذه الدعوى ليكشف عنها ففيه وجهان (أحدهما) لا يجوز لان الصلح في الانكار انما يكون في حق المنكر لا قضاء اليمين وهذه لا يمين عليها وفي حق المدعي يأخذ العوض في مقابلة حقه الذي يدعيه وخروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وانما اجيز الخلع للحاجة الى اقتداء نفسها

(والثاني) يصح ذكره أبو الخطاب وابن عقيل لان المدعي يأخذ عوضا عن حقة من النكاح فجاز كموض الخلع والمرأة تبذله لقطع خصومته وإزالة شره وربما توجهت اليمين عليها لكون الحاكم يرى ذلك ولا نها مشروعة في حقها في إحدى الروايتين، ومتى صالحته على ذلك ثبتت الزوجية باقرارها أو بيينة فان قلنا الصلح باطل فالنكاح باق بحاله لانه لم يوجد من الزوج طلاق ولا خلع، وان قلنا هو صحيح احتمل ذلك أيضا ولذلك احتمل أن تبين منه بأخذ العوض لانه أخذ العوض عما يستحقه من نكاحها فكان خلعا كما لو أقرت له بالزوجية فخالعا، ولو ادعت ان زوجها طلقها ثلاثا فصالحها على مال لنزل عن دعواها لم يحز لانه لا يجوز لها بذل نفسها لمطلقها بموض ولا بغيره وان دفعت اليه مالا ليقر بطلاقها لم يحز في أحد الوجهين وفي الآخر يجوز كما لو بذات له عوضا ليطلقها ثلاثا

(فصل) وان ادعى على رجل أنه عبده فأنكره فصالحه على مال ليقر له بالعبودية لم يحز لانه محل حراما فان إرقاق الحر نفسه لا محل بموض ولا بغيره، وان دفع اليه المدعي عليه مالا صلحا عن دعواه صح لانه يجوز أن يعتق عبده بمال ويشرع للدافع لدفع اليمين الواجبة عليه والخصومة المتوجهة اليه ولو ادعى على رجل الفأفأ أنكره فدفع اليه شيئا ليقر له بالالف لا يصح فان أقر لزمه ما أقر

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين اشبه اذا لم يكن له فيه باب ولا تسلم الاصل الذي قاسوا عليه فان أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان لملك واحد

(مسئلة) (وان صالح عن ذلك بموض جاز في أحد الوجهين) وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز في الجناح والسابط لانه بيع للهواء دون القرار

ولنا أنه يبنى فيه باذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولانه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوض كالقرار اذا ثبت هذا فانما يجوز بشرط كون ما يخرج مخرج معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها اذا أخرجها الى ملك انسان معين يجوز باذنه بموض وبغيره اذا كان معلوم المقدار

(فصل) ولا يجوز أن يحفر في الطريق النافذة بئرا لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ماء ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرنا من قبل، وان اراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل أن يحفرها ليسقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرا

به ويرد مأخذه لانه تبين باقراره كذبه في انكاره وان الالف عليه فيلزمه أداءه بغير عوض ولا يحل له أخذ العوض عن أداء الواجب عليه وان دفع اليه المنكر مالا صلحا عن دعواه صح وقدمضى ذكره (فصل) ولو صالح شاهداً على أن لا يشهد عليه لم يصح لانه لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بحق تلزم الشهادة به كدين آدمي أو حق لله تعالى لا يسقط بالشبهة كالزكاة ونحوها فلا يجوز كتمانها ولا يجوز أخذ العوض عن ذلك كما لا يجوز أخذ العوض على شرب الخمر وترك الصلاة (الثاني) ان يصلحه على ان لا يشهد عليه بالزور فهذا يجب عليه ترك ذلك ويحرم عليه فعله فلا يجوز أخذ العوض عنه كما لا يجوز أن يصلحه على أن لا يقتله ولا ينصب ماله (الثالث) أن يصلحه على أن لا يشهد عليه بما يوجب حداً كالزنا والسرقة فلا يجوز أخذ العوض عنه لان ذلك ليس بحق له فلم يحز له أخذ عوضه كسائر ما ليس بحق له ولو صالح السارق والزاني والشارب بمال على أن لا يرغمه إلى السلطان لم يصح الصلح لذلك ولم يحز له أخذ العوض ، وان صالحه عن حد القذف لم يصح الصلح لانه ان كان لله تعالى لم يكن له أن يأخذ عوضه لكونه ليس بحق له فأشبه حد الزنا والسرقة وإن كان حقاً له لم يحز الاعتياض عنه لكونه حقاً ليس بمالي ولهذا لا يسقط إلى بدل بخلاف الفصاح ولانه شرع لتزويه العرض فلا يجوز أن يتناض عن عرضه بمال وهل يسقط الحد بالصلح فيه وجهان مبنيان على الخلاف في كونه حقاً لله تعالى أو حقاً لآدمي فان كان حقاً لله تعالى

فان كان الطريق ضيقاً أو كانت في عمر الناس بحيث يخاف سقوط إنسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يحز لان ضررها أكثر من نفعها، وان حفرها في زاوية من طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك يقع بلا ضرر لحاجز كتميدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز بغير إذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يحز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان إنسان، ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بعوض جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل ونقع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك إنسان معين (مسئلة) (واذا كان ظهر داره في درب غير نافذ ففتح فيه باباً لغير الاستطراق جاز)

لان له رفع جميع حائطه فبعضه أولى . قال ابن عقيل ويحتمل ان لا يجوز لان شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدرك به على حق الاستطراق فيضر بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فانه لا يدل على شيء (مسئلة) (وان فتحه للاستطراق لم يحز بغير اذنهم) لانه ليس لهم حق في الدرب الذي هو

ملك غيره وفيه وجه آخر أنه يجوز لان له رفع جميعه والاول أولى لان الدرب لاحق له فيه فلم يحز ان يجعل له فيه حق استطراق فان صالحهم جاز لان الحق لهم فأشبه دورهم اذا صالحهم على شيء منها

لم يسقط بصلح الآدمي ولا إسقاطه كحد الزنا والسرقة وان كان حقاً لا آدمي سقط بصلحه واسقاطه مثل الفصاص فان صالح عن حق الشفعة لم يصح الصلح لانه حق شرع على خلاف الاصل لدفع ضرر الشركة فاذا رضي بالتزام الضرر سقط الحق من غير بدل كحد الغذف إلا أنه يسقط ههنا وجهاً واحداً لكونه حقاً لا آدمي .

(فصل) ولا يجوز ان يشرع الى طريق نافذ جناحاً وهو الروشن يكون على أطراف خشبة مدفونة في الحائط وأطرافها خارجة في الطريق سواء كان ذلك يضر في العادة بالمارة أو لا يضر ، ولا يجوز أن يجعل عليها سابطاً بطريق الاولى وهو المستوفي لهواء الطريق كله على حائطين سواء كان الحائطان ملكه أو لم يكونا وسواء أذن الامام في ذلك أو لم يأذن ، وقال ابن عقيل ان لم يكن فيه ضرر جاز بأذن الامام لانه نائبهم فجرى اذنه مجرى اذن المشتركين في الدرب الذي ليس بنافذ وقال أبو حنيفة يجوز من ذلك ما لاضرر فيه وإن عارضه رجل من المسلمين وجب قلعه، وقال مالك والشافعي والاوزاعي واسحاق وأبو يوسف ومحمد يجوز ذلك اذا لم يضر بالمارة ولا يملك أحد منعه لانه ارتفق بما لم يتعين ملك احد فيه من غير مضرة فكان جائزاً كالشي في الطريق والجلوس فيها ، واختلفوا فيها لا يضر فقال بعضهم إن كان في شارع يمر فيه الجيوش والاحمال فيكون بحيث إذا سار فيه الفارس ورمحه منصوب لا يبلعه وقال أكثرهم لا يقدر بذلك بل يكون بحيث لا يضر بالماريات والمحامل ولنا أنه بناء في ملك غيره بغير إذنه فلم يجوز كبناء الدكة أو بناء ذلك في درب غير نافذ بغير اذن

(فصل) وان كان ظهر داره الى زقاق نافذ ففتح في حائطه باباً اليه جاز لانه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه فان قيل هذا فيه اضرار باهل الدرب لانه يجعله نافذاً يستطرق اليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لاحد استطراق داره

(مسئلة) (ولو كان بابه في آخر الدرب ملك نقله الى أوله ولم يملك نقله الى داخل منه في احد الوجهين) لانه اذا نقل بابه الى ما يلي باب الدرب فقد ترك بعض حقه ومتى أراد رد بابه الى موضعه الاول كان له لان حقه لم يسقط ، فاما ان أراد نقل بابه الى تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لانه يقدم بابه الى موضع لا استطراق له فيه ، وفيه وجه آخر انه يجوز لانه كان له ان يجعل بابه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما ان تحويله بعد فتحه لا يسقطه ولان له ان يرفع حائطه كله فلم يمنع من رفع بعضه والاوّل أولى لانه لا يلزم من جواز رفع الحائط جواز الاستطراق كالمسئلة التي قبلها

(فصل) وان كان في الدرب بابان لرجلين أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فأراد صاحب الداخل ان يحول بابه فله تحويله حيث شاء لانه لا منازع له فيما يجاوز الباب الاول اذا قلنا (المغني والشرح الكبير) (٥) (الجزء الخامس)

أهله ويفارق المرور في الطريق فاتها جملة لذلك ولا مضرة فيه والجلوس لا يدوم ولا يمكن التحرز منه ولا نسلم أنه لا مضرة فيه فانه يظلم الطريق ويسد الضوء وربما سقط على المارة أو سقط منه شيء وقد تعلوا الأرض بمرور الزمان فيصدم رهوس الناس ويمنع مرور الدواب بالاحمال ويقطع الطريق الا على الماشي ، وقد رأينا مثل هذا كثيراً وما يفضي الى الضرر في ثاني الحال يجب المنع منه في ابتدائه كما لو أراد بناء حائط مائل الى الطريق يخشى وقوعه على من يمر فيها ، وعلى أبي حنيفة أنه بناء في حق مشترك لو منع منه بعض أهله لم يجوز فلم يجوز بغير اذنهم كما لو أخرجه الى هواء دار مشتركة وذلك لأن حق الآدمي لا يجوز لغيره التصرف فيه بغير إذنه ، وإن كان ساكناً كما لا يجوز إذا منع منه .

(فصل) ولا يجوز أن يبني في الطريق دكاناً بغير خلاف نعلمه سواء كان الطريق واسعاً أو غير واسع سواء أذن الامام فيه أو لم يأذن لأنه بناء في ملك غيره بغير إذنه ولانه يؤذي المارة ويضيق عليهم ويعثر به العائر فلم يجوز كما لو كان الطريق ضيقاً

(فصل) ولا يجوز أن يبني دكاناً ولا يخرج روشناً ولا ساباطاً على درب غير نافذ الا باذن أهله وبهذا قال الشافعي إذا لم يكن له في الدرب باب وان كان له في الدرب باب فقد اختلف أصحابه فمنهم من منعه أيضاً ومنهم من أجاز له اخراج الجناح والساباط لان له في الدرب استطرافاً فذلك ذلك كما يملكه في الدرب النافذ .

ولنا أنه بناء في هواء ملك قوم معينين أشبه ما لو لم يكن له فيه باب ولا نسلم الاصل الذي قالوا عليه فاما إن أذن أهل الدرب فيه جاز لان الحق لهم فجاز باذنهم كما لو كان المالك واحداً ، وان صالح أهل الدرب من ذلك على عوض معلوم جاز ، وقال القاضي وأصحاب الشافعي لا يجوز لانه بيع للهواء دون اقرار

ان صاحب القريب ليس له ان يقدمه الى داخل الدرب وان قلنا له تقديمه جاز لكل واحد منها فان كان في داخل الدرب باب لثالث فحكم الاوسط حكم الاول فيما ذكرناه

(فصل) اذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما الى درب غير نافذ. فرفع الحاجز بينهما وجعلها داراً واحدة جاز لانه تصرف في ملكه المختص وان فتح من كل واحدة منهما باباً الى الاخرى ليتمكن الى التطرق من كل واحدة منهما الى كلي الدارين فقال القاضي لا يجوز لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولانه ربما ادى الى إثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ، ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى قال شيخنا وهذا أشبه وما ذكرناه للنع ينتقص بما اذا رفع الحائط جميعه ، وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب جاز وكذلك ان أذنوا له بغير عوض

ولنا أنه ينبغي فيه بأذنهم فجاز كما لو أذنوا له بغير عوض ولأنه ملك لهم فجاز لهم أخذ عوضه كالقرار إذا ثبت هذا فاما يجوز بشرط كون ما يخرج منه معلوم المقدار في الخروج والعلو وهكذا الحكم فيها إذا أخرجته الى ملك إنسان معين لا يجوز بغير إذنه ويجوز بأذنه بموضع وبغيره إذا كان معلوم المقدار والله أعلم .

(فصل) ولا يجوز ان يحفر في الطريق النافذة بئراً لنفسه سواء جعلها ماء المطر أو ليستخرج منها ما ينتفع به ولا غير ذلك لما ذكرناه من قبل، وإن أراد حفرها للمسلمين ونفعهم أو لنفع الطريق مثل ان يحفرها ليستقي الناس من مائها ويشرب منه المارة أو لينزل فيها ماء المطر عن الطريق نظرنا فان كان الطريق ضيقاً أو يحفرها في ممر الناس بحيث يخاف سقوط انسان فيها أو دابة أو يضيق عليهم ممرهم لم يجوز ذلك لان ضررها أكثر من نفعها، وإن حفرها في زاوية في طريق واسع وجعل عليها ما يمنع الوقوع فيها جاز لان ذلك نفع بلا ضرر فجاز كتمهيدها وبناء رصيف فيها فاما ما فعله في درب غير نافذ فلا يجوز الا بأذن أهله لان هذا ملك لقوم معينين فلم يجوز فعل ذلك بغير اذنهم كما لو فعله في بستان انسان ولو صالح أهل الدرب عن ذلك بموضع جاز سواء حفرها لنفسه لينزل فيها ماء المطر عن داره أو ليستقي منها ماء لنفسه أو حفرها للسبيل وتقع الطريق وكذلك ان فعل ذلك في ملك انسان معين (فصل) ولا يجوز اخراج الميازيب الى الطريق الاعظم ولا يجوز اخراجها الى درب نافذ الا الا بأذن أهله، وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي يجوز اخراجها الى الطريق الاعظم لان عمر رضي الله عنه اجتاز على دار العباس وقد نصب ميزاباً الى الطريق فقلعه فقال العباس ثقله وقد نصبر رسول الله ﷺ بيده؟ فقال والله لا نصبته الا على ظهري وانحنى حتى صعد على ظهره فنصبه وما فعله رسول الله ﷺ فلغيره فعله ما لم يقدّر دليل على اختصاصه به ولان الحاجة تدعو الى ذلك ولا يمكنه رد مائه الى الدار ولان الناس يعملون ذلك في جميع بلاد الاسلام من غير تكبر . ولنا ان هذا تصرف في هواء

(فصل) اذا تنازع صاحبا البابين في الدرب ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أنه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يليه بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعاً وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك فلها التصرف فيه بناء على أن الاول أن يفتح بابه فيما شاء من حائطه والباقي للثاني لانه ليس بقاء الاول ولا له فيه استطراق والثالث يكون بينهما لان لهم بدأ وتصرفاً، وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في أثناء صحن الحان فاختلفا في الصحن فالذي من الدرجة الى باب الحان بينهما وما زاد على ذلك الى صدر الحان على الوجهين، فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منها جميعاً فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدري له ان يستبد بما يختص به منه بان

مشترك بينه وبين غيره بغير اذنه فلم يجوز كما لو كان الطريق غير نافذ ولانه يضر بالطريق وأهلها فلم يجوز كبناء دكة فيها أو جناح يضر بأهلها ولا يخفى ما فيه من الضرر فان ماء يقع على المارة وربما جرى فيه البول أو ماء نجس فينجسهم ويزلق الطريق ويحمل فيها الطين والحديث قضية في عين فيحتمل انه كان في درب غير نافذ أو تجددت الطريق بعد نصبه ويحتمل ان يجوز ذلك لان الحاجة داعية اليه والمادة جلزية به مع ما فيه من الخير المذكور

(فصل) ولا يجوز ان يفتح في الحائط المشترك طاقاً ولا باباً الا باذن شريكه لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضر به ولا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائط ولا يستره ولا يتصرف فيه نوع تصرف لانه تصرف في الحائط بما يضر به فلم يجوز كنقسه ولا يجوز له فعل شيء من ذلك في حائط جاره بطريق الاولى لانه اذا لم يجوز فيها له فيه حق فقها لاحق له فيه اولى وان صالحه عن ذلك بموضع جازوا ما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره اليه فلا باس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستغلال به

(فصل) فاما وضع خشبه عليه فان كان يضر بالحائط لضعفه عن حمله لم يجوز بغير خلاف فعله لما ذكرنا لقول رسول الله ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا ان به غنية عن وضع خشبه عليه لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور ولانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير حاجة فلم يجوز كبناء حائط عليه وأشار ابن عقيل الى جوازه لما روى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ قال «لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره» متفق عليه ولان ما أيسر للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كإخذ الشقص بالشفعة من المشتري والفسخ بالخيار أو بالمعيب أو اتخاذ الكلب للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت

بجعلها دهايزاً لنفسه أو بدخوله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئاً لان ذلك ملك له بغير دبه (مسألة) (وليس له ان يفتح في حائط جاره ولا الحائط المشترك روضة ولا طاقاً بغير اذن صاحبه) لان ذلك انتفاع بملك غيره وتصرف فيه بما يضره وكذلك لا يجوز ان يفرز فيه وتدا ولا يحدث عليه حائطاً ولا ستره ولا يتصرف فيه بنوع تصرف لانه يضر بحائط غيره فهو كنقصه وان صالحه على ذلك بموضع جاز فاما الاستناد اليه واسناد شيء لا يضره فلا بأس به لانه لا مضرة فيه ولا يمكن التحرز منه اشبه الاستغلال به

(مسألة) (وليس له وضع خشبه عليه الا عند الضرورة بان لا يمكنه التسقيف الا به) أما وضع خشبه عليه فلا يجوز اذا كان يضر بالحائط لا نعلم فيه خلافاً لقول انبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» وان كان لا يضر به الا أن به عنه غنى لا مكان وضعه على غيره فقال أكثر أصحابنا لا يجوز أيضاً وهو قول الشافعي وأبي ثور لانه انتفاع بملك غيره بغير اذنه من غير ضرورة فلم يجوز كبناء

الحاجة الى وضعه على حائط جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف بدونه فانه يجوز له وضعه بغير اذن الشريك وبهذا قال الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر ولانه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستغلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز ان يكون له ثلاثة حيطان ولجاره حائط واحد وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه إذا لم يكن ضرر وكان الحائط يبقى ولانه قد يمنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى أن يجعل عليه جسراً ثم يضع الخشب على ذلك الجسر والاولى اعتباره بما ذكرنا من اعتبار التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمجنون والمائل لما ذكرنا والله أعلم

(فصل) فأما وضعه في جدار المسجد اذا وجد الشرطان فعن أحمد فيه روايتان (احدهما) الجواز لانه اذا جاز في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة والمساهلة أولى (والثانية) لا يجوز نقلها أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس وهذا اختيار أبي بكر وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وجها للمنع من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلان يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق الله تعالى مع ان حقه على المسامحة والمساهلة لغنى الله تعالى وكرمه فلان يمنع في حق آدمي مع شحه وضيقه أولى والمذهب الاول . فان قيل فلم لا تجوزون فتح الطاق والباب في الحائط بالقياس على وضع الخشب ؟ قلنا لان الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه

حائط عليه واختار ابن عقيل جوازه لما روى ابو هريرة ان رسول الله ﷺ قال « لا يمنع أحدكم جاره ان يضع خشبه على جداره » متفق عليه ولان ما أبيع للحاجة العامة لم يعتبر فيه حقيقة الحاجة كالشفعة والفسخ بالخيار أو بالعب وآنذا لك للصيد وإباحة السلم ورخص السفر وغير ذلك، فاما ان دعت الحاجة الى وضعه على جدار جاره أو الحائط المشترك بحيث لا يمكنه التسقيف إلا به فانه يجوز وضعه بغير اذن الشريك وهو قول الشافعي في القديم وقال في الجديد ليس له وضعه وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه انتفاع بملك غيره من غير ضرورة فلم يجوز كزراعته

ولنا الخبر وأنه انتفاع بحائط جاره على وجه لا يضر به أشبه الاستناد اليه والاستغلال به ويفارق الزرع فانه يضر ولم تدع اليه حاجة . اذا ثبت هذا فاشتراط القاضي وأبو الخطاب للجواز أن يكون له حائط واحد ولجاره ثلاثة حوائط، وليس هذا في كلام أحمد إنما قال في رواية أبي داود لا يمنعه اذا لم

يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحا في الحائط والذي يفتح للخشبة يسده بها ولا توضع الخشب تدعو الحاجة اليه بخلاف غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال بسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر استحقاق ذلك وان زال السبب مثل أن يحترق على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزوال السبب المبيح وان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم يزل له لانه يضر بالمالك ويزول الخشب، وان لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم يلزم ازالته لان في ازالته ضررا بصاحبه ولا ضرر على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه

(فصل) ولو كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اعارته ولا اجارته لانه انما كان له ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة له الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك يعم حقه من وضع خشبه ولا المصلحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أبيع له من حق غيره لحاجته فلم يجهز له ذلك فيه كطعام غيره اذا أبيع له من أجل الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط اعادة الحائط أو اجارته على وجه يمنع هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منه ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق، وان احتاج الى هدمه للخوف من انه يهدمه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارفاق به مشروطا بعدم الضرر بصاحب الحائط فحقه أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه (فصل) واذا أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع ستره عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز . فاذا فعل ما أذن له فيه صارت العارية لازمة فاذا رجم

يكن فيه ضرر وكان الحائط يبقى ولا نه قد يمتنع التسقيف على حائطين اذا كانا غير متقابلين أو كان البيت واسعا يحتاج الى ان يجعل عليه جسر أو يوضع الخشب على ذلك الجسر، قال شيخنا والاولى اعتباره بما ذكرنا من امتناع التسقيف بدونه، ولا فرق فيما ذكرنا بين البالغ واليتيم والمائل والمجنون لما ذكرنا (مسئلة) (وعنه ليس له وضع خشبه على جدار المسجد وهذا تنبيه على أنه لا يضعه على جدار جاره)

اختلفت الرواية عن أحمد في وضع خشبه على جدار المسجد مع وجود الشرطين فعنه الجواز لانه اذا جاز وضعه في ملك الجار مع ان حقه مبني على الشح والضيق ففي حقوق الله تعالى المبنية على المسامحة أولى وعنه لا يجوز ثقلها عنه أبو طالب لان القياس يقتضي المنع في حق الكل ترك في حق الجار للخبر الوارد فيه فوجب البقاء في غيره على مقتضى القياس اختاره أبو بكر، وخرج أبو الخطاب من هذه الرواية وبها للنعم من وضع الخشب في ملك الجار لانه اذا منع من وضع الخشب في الجدار المشترك بين المسلمين وللواضع فيه حق فلا يمنع من الملك المختص بغيره أولى ولانه اذا منع في حق

المعير فيها لم يكن له ذلك ولم يلزم المستعير ازالة ما فعله لان اذنه اقتضى البقاء والدوام وفي القلع اضرار به فلا يملك ذلك المعير كما لو أعاره أرضاً للدفن والقراس لم يملك المطالبة بنقل الميت والقراس بغير ضمان، وان اراد هدم الحائط لغير حاجة لم يكن له ذلك لان المستعير قد استحق ببقية الخشب عليه ولا ضرر في بقیته، وان كان مستهدماً فله تقضه وله على صاحب البناء والخشب ازالته واذا أعيد الحائط لم يملك المستعير رد بنائه وخشبه الا باذن جديد سواء بناه بآلته أو غيرها، وهكذا لو قلع المستعير خشباً وسقط بنفسه لم يكن له رده إلا باذن مستأف لان المنع من القلع إنما كان لما فيه من الضرر وههنا قد حصل القلع بغير فعله فأشبه ما لو كان في الارض شجرة فانقلع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك لانه قد استحق بقاء ذلك على التأييد وليس كذلك فانه انما استحق الابقاء ضرورة دفع ضرر القلع وقد حصل القلع ههنا فلا يبقى الاستحقاق، وان قلع صاحب الحائط ذلك عدواناً كان للآخر اعادته لانه أزيل بغير حق تعدياً عن عليه الحق فلم يسقط الحق عنه بعدوانه وان أزاله أجنبي لم يملك صاحبه اعادته بغير اذن المالك لانه زال بغير عدوان منه فأشبه ما لو سقط بنفسه (فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان اجارة في مدة معلومة أو صلحاً على وضعه على التأييد ومتى زال فله اعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقاءه بعوض ويحتاج الى أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا كله يختلف فيحتاج الى معرفته، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الخشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود انفسخت الاجارة فيما بقي ورجع من الأجرة

الله تعالى مع أنه مبني على المساعدة لغنى الله تعالى وكرمه فلا أن يمنع في حق الآدمي مع شحه وضيقة أولى والمذهب الاول، فان قيل فلم لا تجبزون فتح الطاق والباب في الحائط قياساً على وضع الخشب؟ قلنا الخشب يمسك الحائط وينفعه بخلاف الطاق والباب فانه يضعف الحائط لانه يبقى مفتوحاً والذي يفتحه للخشبة يسده بها ولان وضع الخشب تدعو اليه الحاجة دون غيره

(فصل) ومن ملك وضع خشبه على حائط فزال لسقوطه أو قلعه أو سقوط الحائط ثم أعيد فله إعادة خشبه لان السبب المجوز لوضعه مستمر فاستمر الاستحقاق وان زال السبب مثل أن خشي على الحائط من وضعه عليه أو استغنى عن وضعه لم تجز اعادته لزال السبب المبيح فان خيف سقوط الحائط بعد وضعه عليه لزم ازالته لانه يضر بالمالك وأن لم يخف عليه لكن استغنى عن ابقائه عليه لم تلزم ازالته لان في ازالته ضرراً بصاحبه ولا ضرراً على صاحب الحائط في ابقائه بخلاف ما لو خشي سقوطه (فصل) واذا كان له وضع خشبه على جدار غيره لم يملك اجارته ولا إعارته لانه إنما ملك ذلك لحاجته الماسة الى وضع خشبه ولا حاجة الى وضع خشب غيره فلم يملكه وكذلك لا يملك بيع حقه من وضع خشبه ولا المصالحة عنه للمالك ولا لغيره لانه أيسر له من حق غيره لحاجته فلم يحز له ذلك فيه كطعام غيره

بقسط ما بقي من المدة وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والخشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع بنائه أو خشبه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ماصالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له سيل ماء في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز وان كان الخشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز أن يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

(فصل) وإذا وجد بناؤه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله إعادته لأن الظاهر أن هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد سيل مائه في أرض غيره أو مجرى ماء سطحه على سطح غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق مجرى ذلك مجرى اليد الثابتة، وإذا اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) إذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأبكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صالحه عما أقر له بعوض صح الصلح ولا أخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما إذا كان الانكار مطلقاً وبين ما إذا قال هذه لنا وراثتها جميعاً عن أينا أو أخينا فيقال إذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال وراثتها عن أينا فلا شفعة له لان المنكر يزعم أن الملك لأخيه المقر لم يزل وأن الصلح باطل فيؤاخذ بذلك ولا يستحق به شفعة. ووجه الاول أن الملك ثبت للدعي حكماً وقد رجع إلى المقر بالبيع وهو معترف بأنه يبيع صحيح فثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقاً ويجوز أن يكون انتقل نصيب المقر إلى المدعي يبيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا يتنافى إنكار المنكر وإقرار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

إذا أبيع له في حال الضرورة، ولو أراد صاحب الحائط إعادة الحائط أو اجارته على وجه يعم هذا المستحق من وضع خشبه لم يملك ذلك لانه وسيلة الى منع ذي الحق من حقه فلم يملكه كمنعه، ولو أراد هدم الحائط لغير حاجة لم يملك ذلك لما فيه من تقويت الحق وان احتاج الى ذلك للخوف من انهدامه أو لتحويله الى مكان آخر أو لفرض صحيح ملك ذلك لان صاحب الخشب انما يثبت حقه للارقاق به مشروطاً بعدم الضرر بصاحب الحائط فتى أفضى الى الضرر زال الاستحقاق لزوال شرطه

(فصل) فان أذن صاحب الحائط لجاره في البناء على حائطه أو وضع سترة عليه أو وضع خشبه عليه في الموضع الذي لا يستحق وضعه جاز لان الحق له فجاز باذنه فاذا فعل ما أذن فيه حاوت العارية لازمة تذكر في باب الطرية

(فصل) وان أذن له في وضع خشبه أو البناء على جداره بعوض جاز سواء كان إجازة في مئة

﴿ مسألة ﴾ قال : (واذا تداعى نفسان جداراً معقوداً بيناء كل واحد منهما مخالفاً وكان بينهما وكذلك ان كان محلولاً من بنائهما وان كان معقوداً بيناء أحدهما كان له مع يمينه) .

وجملة ذلك ان الرجلين إذا تداعيا حائطاً بين ملكيهما، وتساويا في كونه معقوداً بيناً هما معاً وهو أن يكون متصلاً بهما اتصالاً لا يمكن احداثه بعد بناء الحائط مثل اتصال البناء بالطين كهذه القطاثر التي لا يمكن احداث اتصال بعضها ببعض، أو تساوي في كونه محلولاً من بنائهما أي غير متصل بيناً هما الاتصال المذكور بل بينهما شق مستطيل كما يكون بين الحائطين اللذين ألصق أحدهما بالآخر فهما سواء في الدعوى فان لم يكن لواحد منهما بينة مخالفاً فيحلف كل واحد منهما على نصف الحائط أنه له ويجعل بينهما نصفين لان كل واحد منهما يده على نصف الحائط لكون الحائط في أيديهما وان حلف كل واحد منهما على جميع الحائط انه له وما هو لصاحبه جاز وهو بينهما وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وأبو نوري وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً، وذلك لان المختلفين في العين إذا لم يكن لواحد منهما بينة فالقول قول من هي في يده مع يمينه فإذا كانت في أيديهما كانت يد كل واحد منهما على نصفها فيكون القول قوله في نصفها مع يمينه، وإن كان لاحدهما بينة حكم له بها، وان كان لكل واحد منهما بينة تعارضتا وصارا كمن لا بينة لهما، فان لم يكن لهما بينة ونكلا عن اليمين كان الحائط في أيديهما على ما كان وإن حلف أحدهما ونكل الآخر قضى على الناكل فكان السكك للآخر، وإن كان الحائط متصلاً بيناء أحدهما دون الآخر فهو له مع يمينه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال أبو نوري لا يرجح بالعقد ولا ينظر اليه .

ولنا ان الظاهر أن هذا البناء بني كله بناء واحداً فإذا كان بعضه لرجل كان بقيته له والبناء الآخر المحلول الظاهر أنه بني وحده فله لو بني مع هذا كان متصلاً به فالظاهر أنه لغير صاحب هذا

معلومة أو صلحا على وضعه على التأييد ومتى زال فله إعادته سواء زال لسقوطه أو سقوط الحائط أو غير ذلك لانه استحق ابقائه بعوض ويحتاج أن يكون البناء معلوم العرض والطول والسمك والآلات من الطين واللبن والآجر وما أشبه ذلك لان هذا يختلف فيحتاج الى معرفته ، واذا سقط الحائط الذي عليه البناء أو الحشب في أثناء مدة الاجارة سقوطاً لا يعود افسخت الاجارة فيما بقي من المدة ورجع من الاجرة بقسط ما بقي من المدة، وان أعيد رجع من الاجرة بقدر المدة التي سقط البناء والحشب عنه، وان صالحه مالك الحائط على رفع خشبه أو بنائه بشيء معلوم جاز كما يجوز الصلح على وضعه سواء كان ما صالحه به مثل العوض الذي صولح به على وضعه أو أقل أو أكثر لان هذا عوض عن المنفعة المستحقة له وكذلك لو كان له مسيل في أرض غيره أو ميزاب أو غيره فصالح صاحب الارض مستحق ذلك بعوض ليزيله عنه جاز، وان كان الحشب أو الحائط قد سقط فصالحه بشيء على أن لا يعيده جاز لانه لما جاز ان يبيع ذلك منه جاز أن يصالح عنه لان الصلح يبيع

الحائط المختلف فيه فوجب أن يرجح بهذا كاليد والا زج، فان قيل فلم لم تجملوه له بغير عيّن لذلك ؟ قلنا لان ذلك ظاهر وليس يقيّن إذ يحتمل أن يكون أحدهما بنى الحائط لصاحبه تبرعاً مع حائطه أو كان له فوهبه إياه أو بناء بأجرة فشرعت اليقين من أجل الاحتمال كما شرعت في حق صاحب اليد وسائر من وجبت عليه اليقين، فأما إن كان معقوداً بيناء أحدهما عقداً يمكن إحداه مثل البناء بالبن والآخر فانه يمكن أن ينزع من الحائط المبنى نصف لبنة أو آجرة أو يجعل مكانها لبنة صحيحة أو آجرة صحيحة تعقد بين الحائطين فقال القاضي لا يرجح بهذا لاحتمال أن يكون صاحب الحائط فعل هذا ليمتلك الحائط المشترك وظاهر كلام الحرقى أنه يرجح بهذا الاتصال كما يرجح بالاتصال الذي لا يمكن إحداه لان الظاهر أن صاحب الحائط لا يدع غيره يتصرف فيه بنزع آجره وتغيير بنائه وفعل ما يدل على ملكه فوجب أن يرجح بهذا كما يرجح باليد فانه يمكن ان تكون يدأ عادية حدثت بالنصب أو بالسرقه أو العارية أو الاجارة فلم يعم ذلك الترجيح بها

(فصل) فان كان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه أو عقد معتمد عليه أو قبة ونحوها فهو له وبهذا قال الشافعي لان وضع بنائه عليه بمنزلة اليد الثابتة عليه اكونه منتقماً به فخرى تجرى كون حمله على البهيمه وزرعه في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يترك غيره يبني على حائطه وكذلك إن كانت له عليه ستره ، ولو كان في أصل الحائط خشبة طرفها تحت حائط ينفرد به أحدهما أو له عليها أزج معقود فالحائط المختلف فيه له لان الظاهر ان الخشبة لمن ينفرد بوضع بنائه عليها فيكون الظاهر أن ما عليها من البناء له .

(فصل) فان كان لاحدهما خشب موضوع فقال أصحابنا لا ترجح دعواه بذلك وهو قول الشافعي لان هذا مما يسمح به الجار وقد ورد الخبر بالنهي عن المنع منه وعندنا انه حق يجب التمسك منه فلم ترجح به الدعوى كاسناد مناهه اليه وتخصيصه وتزويقه ويحتمل أن ترجح به الدعوى وهو قول مالك

(فصل) واذا وجد بناءه أو خشبه على حائط مشترك أو حائط جاره ولم يعلم سببه فتى زال فله اعادته لان الظاهر ان هذا الوضع بحق من صلح أو غيره فلا يزول هذا الظاهر حتى يعلم خلافه وكذلك لو وجد مسيل مائه في أرض غيره وما أشبه هذا فهو له لان الظاهر أنه له بحق فخرى تجرى اليد الثابتة، ومتى اختلفا في ذلك هل هو بحق أو بعدوان فالقول قول صاحب الخشب والبناء والمسيل مع يمينه لان الظاهر معه

(فصل) اذا ادعى رجل داراً في يد أخوين فأنكره أحدهما وأقر له الآخر ثم صاحبه على ما أقر له بعوض صح الصلح ولاخيه الاخذ بالشفعة ويحتمل أن يفرق بين ما اذا كان الانكار مطلقاً وبين ما اذا قال هذه لنا ورثناها جميعاً عن أئنا أو أخينا فيقال اذا كان الانكار مطلقاً كان له الاخذ بالشفعة وان قال ورثناها فلا شفعة له لان المنكر يزعم ان الملك لاخيه المقر لم يزل وان الصلح باطل

لانه منتفع به بوضع ماله عليه فاشبه الباني عليه والزارع في الارض ، وورود الشرع بالتهي عن المتع منه لا يمنع كونه دليلا على الاستحقاق بدليل انا استدللنا بوضعه على كون الوضع مستحقا على الدوام حتى متى زال جازت اعادته ، ولان كونه مستحقا تشترط له الحاجة الى وضعه فقيلا لا حاجة اليه له منعه من وضعه وأما السماح به فان اكثر الناس لا يتساحون به ، ولهذا لما روى ابو هريرة الحديث عن النبي ﷺ طأطأوا رءوسهم كراهة لذلك فقال مالي أراكم عنها معرضين والله لأرمين بها بين اكتافكم واكثر الفقهاء لا يوجبون التمكن من هذا ويحملون الحديث على كراهة المنع لاعلى تحريره ولان الحائط ينسب لذلك فيرجع به كالازج ، وقال أصحاب ابني حنيفة لا ترجع الدعوى بالجذع الواحد لان الحائط لا ينسب له ويرجع بالجذعين لان الحائط ينسب لهما ، ولنا أنه موضوع على الحائط فاستوى في ترجيح الدعوى به قليله وكثيره كالبناء

(فصل) ولا ترجع الدعوى بكون الدواخل الى أحدهما والخارج ووجوه الآجر والحجارة ولا كون الآجرة الصحيحة مما يلي ملك أحدهما واقطاع الآجر الى ملك الآخر ولا بمقاد القمط في الخص يعني عقد الخيوط التي يشدها الخص وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقال أبو يوسف ومحمد يحكم به لمن اليه وجه الحائط ومقاد القمط لما روى عمر بن حارثة التميمي عن أبيه ان قوماً اختصموا الى النبي ﷺ في خص فبعث حذيفة بن اليمان ليحكم بينهم فحكم به لمن يليه مقاد القمط ثم رجع الى النبي ﷺ فأخبره فقال «أصبحت واحسنت» رواه ابن ماجه وروى نحوه عن علي ولان العرف جار بان من بنى حائطا جعل وجه الحائط اليه

ولنا عموم قوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» ولان وجه الحائط ومقاد القمط اذا كانا شريكين فيه لا بد من ان يكون الى أحدهما إذ لا يمكن كونه اليها جميعا فبطلت دلالته كالزويق ولانه يراد للزينة فأشبه الزويق، وحديثهم لا يشته اهل النقل واسناده مجهول قاله ابن المنذر

فيؤخذ بذلك فلا يستحق به شفعة، ووجه الاول ان الملك ثبت للمدعي حكما وقد رجع الى المقر بالبيع وهو ممتزف بانه بيع صحيح فنثبت فيه الشفعة كما لو كان الانكار مطلقا ويجوز أن يكون نصيب المقر انتقل الى المدعي ببيع أو هبة أو سبب من الاسباب فلا ينافي انكار المنكر واقترار المقر كحالة اطلاق الانكار وهذا أصح

(مسئلة) (وان كان بينهما حائط فانهدم فطالب أحدهما صاحبه بينائه أجبر عليه وعنه لا يجبر) اذا كان بين الشريكين حائط فانهدم فطلب أحدهما اعادته وأنى الآخر فذكر القاضي فيه روايتين (أحدهما) يجبر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح قال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وهو احدى الروايتين عن مالك وقول الشافعي القديم واختاره بعض أصحابه لان في ترك بنائه اضراراً فيجبر عليه كما يجبر على القسمة اذا طلبها أحدهما وعلى نقض الحائط عند خوف سقوطه

قال الشافعي ذكرت هذا الحديث لاحمد فلم يقنع به وذكرته لاسحاق بن راهويه فقال ليس هذا حديثاً ولم يصححه وحديث على فيه مقال وما ذكروه من العرف ليس بصحيح فان العادة جعل وجه الحائط إلى خارج ليراه الناس كما يلبس الرجل أحسن أثوابه اعلاها الظاهر للناس لبروه فيزين به فلا دليل فيه .

(فصل) ولا ترجح الدعوى بالتزويق والتجسين ولا يكون أحدهما له على الآخر ستر غير مبنية عليه لانهما يتساع به ويمكن احداه .

(فصل) وان تنازع صاحب العلو والسفل في حوائط البيت السفلا في فهي لصاحب السفلى لانه المنتفع بها وهي من جملة البيت فكانت لصاحبه وإن تنازعا حوائط العلو فهي لصاحب العلو لذلك ، وإن تنازعا السقف تحالفا وكان بينهما وبهذا قال الامام الشافعي وقال أبو حنيفة هو لصاحب السفلى لان السقف على مالكة فكان القول قوله كما لو تنازعا سرجاً على دابة أحدهما كان القول قول صاحبه وحكي عن مالك أنه لصاحب السفلى وحكي عنه أنه لصاحب العلو لانه يجلس عليه ويتصرف فيه ولا يمكنه السكنى إلا به ولنا أنه حاجز بين ملكيهما ينتفعان به غير متصل ببناء أحدهما اتصال البنيان فكان بينهما كالحائط بين الملكين وقولهم هو على ملك صاحب السفلى يبطل بحيطان العلو ولا يشبه المراج على الدابة لانه لا ينتفع به غير صاحبها ولا يراد إلا لها فكان في يده وهذا السقف ينتفع به كل واحد منهما لانه سماء صاحب السفلى يظله وأرض صاحب العلو تقيه فاستويا فيه

(فصل) وإن تنازع صاحب العلو والسفل في الدرجة التي يصعد منها فان لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفلى كسلم مسجراً أو دكة فهي لصاحب العلو وحده لان له اليد والتصرف وحده لأنها مصعد صاحب العلو لا غير والعرضة التي عليها الدرجة له أيضاً لا تنفعه بها وحده ، وإن كان تحتها بيت

عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » وهذا مشهور . كونه يتضرران في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يجبر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى في النظر ومذهب أبي حنيفة لانه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يجبر مالكه على الاتفاق عليه كما لو انفرد به ولانه بناء حائط فلم يجبر عليه كالأبداء ولانه لا يخلو إما أن يجبر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لهما جميعاً لا يجوز أن يجبر لحق نفسه بدليل ما لو انفرد به ولا لحق غيره كما لو انفرد به جاره وإذا لم يكن واحد منهما موجباً فعليه فكذلك اذا اجتماعا وفارق القسمة فانها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه ضرر لما فيه من القرامة واتفاق ماله ولا يلزم من اجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه اجباره على إزالته بما فيه ضرر بدليل قسمة ما في قسمته ضرر ويفارق هدم الحائط اذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوطه على ما يتلفه فيجبر على ما يزيل ذلك ولذلك يجبر عليه وان انفرد الحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فان الضرر انما حصل بانهدامه وانما ترك البناء ترك لما يحصل النفع

بنيت لاجله لتكون مدرجاً للعلو فهي بينهما لأن يديهما عليها ولأنها سقف للسفلاقي وموطىء للفوقاني فهي كالسقف الذي بينهما وإن كان تحتهما طاق صغير لم تبين الدرجة لاجله وإنما جعل مرفقاً يجعل فيه جب الماء ونحوه فهي لصاحب العلو لأنها بنيت لاجله وحده ويحتمل أن يكون بينهما لأن يدهما عليها وارتفاعهما حاصل بها فهي كالسقف

(فصل) ولو تازعا مسناة بين نهر أحدهما وأرض الآخر تحالفا وكانت بينهما لأنها حاجز بين ملكيهما فهي كالحائظ بين الملكين

(فصل) إذا كان بينهما حائط مشترك فأنهدم فطالب أحدهما إعادته وأبى الآخر فهل يحجر الممتنع على إعادته قال القاضي : فيه روايتان أحدهما يحجر نقلها ابن القاسم وحرب وسندي قال القاضي هي أصح وقال ابن عقيل وعلى ذلك أصحابنا وبه قال مالك في إحدى روايتيه والشافعي في قديم قوله واختاره بعض أصحابه وصححه لأن في ترك بنائه إضراراً فيجبر عليه كما يحجر على القسمة إذا طلبها أحدهما وعلى التقض إذا خيف سقوطه عليهما ولقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا إضرار » وهذا وشريكه يتضرر إن في ترك بنائه (والرواية الثانية) لا يحجر نقل عن أحمد ما يدل على ذلك وهو أقوى دليل ومذهب أبي حنيفة لأنه ملك لا حرمة له في نفسه فلم يحجر مالك على الاتفاق عليه كما لو انقرد به ولا نه بناء حائط في بحر عليه كالأبتداء ولا نه لا يخلو إيمان يحجر على بنائه لحق نفسه أو لحق جاره أو لحقها جميعاً : لا يجوز أن يحجر عليه لحق نفسه بدليل ما لو انقرد به ولا لحق غيره كما لو انقرد به جاره فإذا لم يكن كل واحد منهما موجباً عليه فكذلك إذا اجتمعا وفارق القسمة فأنها دفع للضرر عنهما بما لا ضرر فيه والبناء فيه مضرة لما فيه من الغرامة واتفاق ماله ولا يلزم من إجباره على إزالة الضرر بما لا ضرر فيه إجباره على إزالته بما فيه

به وهذا لا يمنع الإنسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الإيجار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر ولأنه قد يكون الممتنع لا تقع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه شيء فيكلف الغرامة مع عجزه عنها.

(مسئلة) (وليس له منعه من بنائه) على الرواية التي تقول لا يحجر الممتنع إذا أراد شريكه البناء فليس له منعه لأن له حقاً في الجمل وربما فلا يجوز منعه منه.

(مسئلة) (فإن بناء بآله فهو بينهما وإن بناء بآله من عنده فهو له وليس للآخر الانتفاع به وإن طلب الانتفاع به خير الثاني بين أخذ نصف قيمته وبين أخذ آله)

وحجة ذلك أن للشريك بناء الحائط باقتضاه وله بناء بآله من عنده، فإن بناء بآله واقتضاه غير على الشركة كما كان لأن المنفق إنما اتفق على التألف وذلك أثر لا عين بملكاء وإن بناء بآله من عنده فالحائط ملكه خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ومن وضع خشبه ورسومه عليه لأن الحائط له فإن أراد نقضه وكان بناء بآله فليس له نقضه لأنه ملكها فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة

ضرر بدليل قسمة مافي قسمته ضرر ، ويفارق هدم الحائط إذا خيف سقوطه لانه يخاف سقوط حائطه على ما يلقفه فيجبر على ما يزيل ذلك، ولهذا يجبر عليه وإن انفرد بالحائط بخلاف مسئلتنا ولا نسلم أن في تركه اضراراً فإن الضرر إنما حصل بأهدامه وإنما ترك البناء تركاً لما يحصل النفع به وهذا لا ينعم الانسان منه بدليل حالة الابتداء وإن سلمنا أنه إضرار لكن في الاجبار إضرار ولا يزال الضرر بالضرر وقد يكون الممتنع لا نفع له في الحائط أو يكون الضرر عليه أكثر من النفع أو يكون معسراً ليس معه ما يبني به فيكلف الغرامة مع عجزه عنها ، فعلى هذه الرواية إذا امتنع أحدهما لم يجبر . فإن أراد شريكه البناء فليس له منعه منه لان له حقاً في الحمل ورسماً فلا يجوز منعه منه، وله بناءؤه بانتقاضه ان شاء وبناءؤه بآلة من عنده فإن بناء بآلته وانتقاضه فالحائط بينهما على الشركة كما كان لان المنفق عليه إنما أنفق على التالف وذلك أثر لا عين يملكها وإن بناء بآلة من عنده فالحائط ماله خاصة وله منع شريكه من الانتفاع به ووضع خشبه ورسومه عليه لان الحائط له . وإذا أراد نقضه فإن كان بناء بآلته لم يملك نقضه لانه مملكهما فلم يكن له التصرف فيه بما فيه مضرة عليهما وإن بناء بآلة من عنده فله نقضه لانه ملكه خاصة فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء ، وإن أراد غير الباني نقضه أو إجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على الروایتين جميعاً لانه إذا لم يملك منعه من بنائه فلا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع ووضع خشب قال له اما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي

عليهما وإن كان بناء بآلة من عنده فله نقضه لانه يختص بملكه فإن قال شريكه أنا أدفع اليك نصف قيمة البناء ولا تنقضه لم يجبر لانه لما لم يجبر على البناء لم يجبر على الابقاء وإن أراد غير الباني نقضه وإجبار بانيه على نقضه لم يكن له ذلك على كلتا الروایتين لانه اذا لم يملك منعه من بنائه فلا يملك إجباره على نقضه أولى، فإن كان له على الحائط رسم انتفاع أو وضع خشب قال له إما أن تأخذ مني نصف قيمته وتمكنني من انتفاعي وإما ان تطلع حائطك لتعيد البناء من يشاء فيلزم الآخر إجابه لانه لا يملك ابطال رسومه وانتفاعه ببنائه ، وإن لم يرد الانتفاع به فطالبه الثاني بالغرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه اذا لم يجبر على البناء فاولى ان لا يجبر على الغرامة الا أن يكون قد أذن في البناء والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه فأما على الرواية الاولى فتى امتنع اجبره الحاكم على ذلك فإن لم يفعل أخذ الحاكم من ماله وأنفق عليه وإن لم يكن له مال فأنفق عليه الشريك بأذن الحاكم أو أذن الشريك رجع عليه متى قدر ، وإذا أراد بناء لم يملك الشريك منعه ، وما أنفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك ؟ محتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء بآلة من عنده فهو له خاصة فإن أراد نقضه فله ذلك الا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه اذا أجبر على بنائه فاولى ان يجبر على ابقائه

ووضع خشبي. واما أن تقلع حائطك لتعيد البناء. يتنا فليزم الآخر لإجابته لانه لا يملك ابطال رسومه. ارتفاعه بينائه وإن لم يرد الارتفاع به فطالبه الباني بالقرامة أو القيمة لم يلزمه ذلك لانه إذا لم يجبر على البناء فأولى أن لا يجبر على القرامة إلا أن يكون قد أذن في البناء. والاتفاق فيلزمه ما أذن فيه. فأما على الرواية الاولى فتى امتنع أجبره الحاك على ذلك فان لم يفعل أخذ الحاك من ماله. وأتفق عليه وإن لم يكن له مال فأتفق عليه الشريك بأذن الحاك أو بإذن الشريك رجع عليه متى قدر وإن أراد بناءه لم يملك الشريك منعه، وما أتفق ان تبرع به لم يكن له الرجوع به وإن نوى الرجوع به فهل له الرجوع بذلك؟ يحتمل وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، وإن بناء لنفسه بآلته فهو بينهما وإن بناء باله من عنده فهو له خاصة فان أراد نقضه فله ذلك إلا أن يدفع اليه شريكه نصف قيمته فلا يكون له نقضه لانه إذا أجبر على بنائه فأولى أن يجبر على إبقائه.

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط قديم فطلب أحدهما من الآخر مباناه حائطا يحجز بين ملكيها فامتنع لم يجبر عليه رواية واحدة وإن أراد البناء وحده لم يكن له البناء إلا في ملكه خاصة لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له ولا أعلم في هذا خلافاً

(فصل) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر الممتنع على ذلك؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي قولان كالروايتين وإن انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها فعلى روايتين

(فصل) فان لم يكن بين ملكيها حائط فطلب أحدهما من الآخر أن يبنى حائطا يحجز بين ملكيها لم يجبر الآخر عليه رواية واحدة فان أراد البناء وحده فليس له الا في ملكه لانه لا يملك التصرف في ملك جاره المختص به ولا في الملك المشترك بغير ماله فيه رسم وهذا لا رسم له فيه

(فصل) فان كان السفلى لرجل والعلو لآخر فانهدم السقف الذي بينهما فطلب أحدهما المباناة من الآخر فامتنع فهل يجبر؟ على روايتين كالحائط بين البيتين وللشافعي فيه قولان، فان انهدمت حيطان السفلى فطالبه صاحب العلو بإعادتها ففيه روايتان (أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحمد وقولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لانه ملكه خاصة (والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة فان أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروايتين جميعاً، فان بناء بآلته فهو على ما كان وإن بناء بآلته من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتقم به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أنه لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لان البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الارتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحشب وسمر الوند وفتح الطاق وتكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهو مذهب الشافعي لان السكنى إنما هي إقامته في قناه الحيطان من غير تصرف فيها أشبه الاستغلال

(أحدهما) يجبر وهو قول مالك وأبي ثور وأحد قولي الشافعي فعلى هذه الرواية يجبر على البناء وحده لأنه ملكه خاصة

(والثانية) لا يجبر وهو قول أبي حنيفة وإن أراد صاحب العلو بناءه لم يمنع من ذلك على الروایتين جميعاً فإن بناءه بآله فهو على ما كان وإن بناءه بآله من عنده فقد روي عن أحمد لا ينتفع به صاحب السفلى يعني حتى يؤدي القيمة فيحتمل أن لا يسكن وهو قول أبي حنيفة لأن البيت إنما يبنى للسكنى فلم يملكه كغيره ويحتمل أنه أراد الانتفاع بالحيطان خاصة من طرح الحشب وسمر الوند وفتح الطاق ويكون له السكنى من غير تصرف في ملك غيره وهذا مذهب الشافعي لأن السكنى إنما هي إقامته في فناء الحيطان من غير تصرف فيها فأشبه الاستغلال بها من خارج فأما أن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان

(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى يختص به فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه فامتنع لم يجبر لأنه إن كان الممتنع ما لملكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا

بها من خارج فأما أن طالب صاحب السفلى بالبناء وأبي صاحب العلو ففيه روايتان :

(أحدهما) لا يجبر على بنائه ولا مساعدته وهو قول الشافعي لأن الحائط ملك صاحب السفلى فلم يجبر غيره على بنائه ولا المساعدة فيه كما لو لم يكن عليه علو (والثانية) يجبر على مساعدته والبناء معه ، وهو قول أبي الدرداء لأنه حائط يشتركان في الانتفاع به أشبه الحائط بين الدارين .

(فصل) فإن كان بين البيتين حائط لأحدهما فأنهدم فطلب أحدهما من الآخر بناءه أو المساعدة في بنائه لم يجبر لأنه إن كان الممتنع مالكه لم يجبر على بناء ملكه المختص به كحائط الآخر وإن كان الممتنع الآخر لم يجبر على بناء ملك غيره ولا المساعدة فيه ولا يلزم على هذا حائط السفلى حيث يجبر صاحبه على بنائه مع اختصاصه بملكه لأن الظاهر أن صاحب العلو ملكه مستحقاً لبقائه على حيطان السفلى دائماً فلزم صاحب السفلى تمكينه مما يستحقه وطريقه البناء فذلك وجب بخلاف مسئلتنا وإن أراد

وان أراد صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لا حق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمه اعادته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح على بعض ملكه بعض فلم يصح كالأقر له بدار فصالحه على سكنائها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجباله الحمل فانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز

(فصل) فان كان بينهما نهر أو قناة أو دولاب أو ناعورة أو عين فاحتاج الى عمارة في اجبار المنتفع منهما روايتان وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيضربه بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة والاولى التسوية لان في قسمة العرصة

صاحب الحائط بناءه أو نقضه بعد بنائه لم يكن لجاره منعه لانه ملكه خاصة وان أراد جاره بناءه أو نقضه أو التصرف فيه لم يملك ذلك لانه لاحق له فيه

(فصل) ومتى هدم أحد الشريكين الحائط المشترك أو السقف الذي بينهما نظرت فان خيف سقوطه ووجب هدمه فلا شيء على هادمه ويكون كالو أنهدم بنفسه لانه فعل الواجب وأزال الضرر الحاصل بسقوطه، وان هدمه لغير ذلك فعليه اعادته سواء كان هدمه لحاجة أو غيرها وسواء التزم اعادته أو لم يلتزم لان الضرر حصل بفعله فلزمته إزالته

(فصل) فان اتفقا على بناء الحائط المشترك بينهما نصفين وملكه بينهما الثلث والثلاثان لم يصح لانه يصلح عن بعض ملكه بعض فلم يصح كالأقر له بدار فصالحه على سكنائها ، ولو اتفقا على أن يحمله كل واحد منهما ما شاء لم يجز لجباله الحمل فانه يحمله من الانتقال ما لا طاقة له بحمله وان اتفقا على أن يكون بينهما نصفين جاز .

﴿ مسألة ﴾ (وان كان بينهما نهر أو بئر أو دولاب أو ناعورة أو قناة فاحتاج الى عمارة في اجبار المنتفع وجهان)

بناء على الحائط المشترك إذا أنهدم وحكي عن أبي حنيفة أنه يجبر ههنا على الاتفاق لانه لا يتمكن شريكه من مقاسمته فيتضرر بخلاف الحائط فانه يمكنهما قسمة العرصة قال شيخنا: والاولى التسوية لان في قسمة العرصة اضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء

أضراراً بهما والاتفاق أرفق بهما فكانا سواء . والحكم في الدولاب والتأعوة كالحكم في الحائط على ما ذكرناه ، وأما البئر والنهر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أُنْفِقَ عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأن الماء ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته، والحكم في الرجوع بالنفقة كحكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) إذا كان لرجلين بابان في زقاق غير نافذ أحدهما قريب من باب الزقاق والآخر في داخله فللقريب من الباب نقل بابيه إلى ما يلي باب الزقاق لأن له الاستطراق إلى بابيه القديم فقد نقص من استطرأه ومتى أراد رد بابيه إلى موضعه الأول كان له لأنه حقه لم يقسط وإن أراد نقل بابيه تلقاء صدر الزقاق لم يكن له ذلك نص عليه أحد لأنه يقدم بابيه إلى موضع لا استطرأ له فيه ويحتمل جواز ذلك لأنه كان له أن يجعل بابيه في أول البناء في أي موضع شاء فتركه في موضع لا يسقط حقه كما أن تحويله بعد فتحه لا يسقط ولأن له أن يرفع حائطه كله فلا يمنع من رفع موضع الباب وحده، فأما صاحب الباب الثاني فإن كان في داخل الدرب باب لا خير فحكمه في التقديم والتأخير حكم صاحب الباب الأول سواء وإن لم يكن له ثم باب آخر كان له تحويل بابيه حيث شاء لأنه على الأول لا منازع له فيما تجاوز الباب الأول وعلى الاحتمال الذي ذكرناه لكل واحد منهما ذلك، ولو أراد كل واحد منهما أن يفتح في داره باباً آخر أو يجعل داره دارين يفتح لكل واحدة منهما باباً جاز إذا وضع البابين في موضع استطرأه، وإن كان ظهر دار أحدهما إلى شارع نافذ وزقاق نافذ ففتح في حائطه باباً إليه جاز لأنه يرتفق بما لم يتعين ملك أحد عليه ، فإن قيل في هذا أضرار بأهل الدرب لأنه يجعله نافذاً يستطرق إليه من الشارع قلنا لا يصير الدرب نافذاً وإنما يصير داره نافذة وليس لأحد استطرأ داره، فأما إن كان بابيه في الشارع وظهر داره إلى الزقاق الذي لا ينفذ فأراد أن يفتح باباً إلى الزقاق للاستطراق لم يكن له ذلك لأنه ليس له حق في الدرب الذي قد تعين عليه ملك أربابه ويحتمل الجواز كما ذكرنا في الوجه الذي قد تقدم ، وإن أراد أن يفتح فيه باباً لغير الاستطراق أو يجعل له باباً يسمره أو شاباً كما جاز لأنه لما كان له رفع الحائط بجملته فبعضه أولى، قال ابن عقيل ويحتمل عندي أنه لا يجوز لأن شكل الباب مع تقادم العهد ربما استدل به على حق الاستطراق فيضرب بأهل الدرب بخلاف رفع الحائط فإنه لا يدل على شيء

(مسئلة) (وليس لأحدهما منع صاحبه من عمارته)

فإن عمره قائم بينهما على الشركة أما الدولاب والتأعورة فالحكم فيه كالحكم في الحائط على ما ذكرناه وأما النهر والبئر فلكل واحد منهما الاتفاق عليه وإذا أُنْفِقَ عليه لم يكن له منع الآخر من نصيبه من الماء لأنه ينبع من ملكيهما وإنما أثر أحدهما في نقل الطين منه وليس له فيه عين مال فأشبه الحائط إذا بناه بآلته والحكم في الرجوع بالنفقة حكم الرجوع في النفقة على الحائط على ما مضى (فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه بما يضر بجاره نحو أن يبني حماماً بين الدور أو يفتح

(فصل) وإذا كان لرجل داران متلاصقتان ظهر كل واحدة منهما الى ظهر الاخرى وباب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فرغم الحاجز بينهما وجعلهما دارا واحدة جاز وان فتح من كل واحدة منهما بابا الى الاخرى ليتمكن من التطرق من كل واحدة منهما الى كلا الدارين لم يحز ذكره القاضي لان ذلك يثبت الاستطراق في الدرب الذي لا ينفذ من دار لم يكن لها فيه طريق ولان ذلك ربما أدى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة من الدارين في زقاق الاخرى ويحتمل جواز ذلك لان له رفع الحاجز جميعه فبعضه أولى وهذا أشبه وما ذكرناه للمنع منتقض بما إذا رفع الحائط جميعه وفي كل موضع قلنا ليس له فعله اذا صالحه أهل الدرب بموض معلوم أو أذنوا له بغير عوض جاز (فصل) اذا تازع صاحب البابين في الدرب وتداعياه ولم يكن فيه باب لغيرهما ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) انه يحكم بالدرب من أوله الى الباب الذي يلي أوله بينهما لان لها الاستطراق فيه جميعا وما بعده الى صدر الدرب للآخر لان الاستطراق في ذلك له وحده فله اليد والتصرف (والوجه الثاني) ان من أوله الى أقصى حائط الاول بينهما لان ما يقابل ذلك لها التصرف فيه بناء على ان الاول ان يفتح بابه فيها شا من حائطه وما بعد ذلك لثاني لانه ليس بفناء للاول ولا له فيه استطراق (والثالث) يكون بينهما لان لهما جميعا يدا وتصرفا وهكذا الحكم فيما إذا كان لرجل علو خان ولا آخر سفله ولصاحب العلو درجة في اثناء صحن الخان فاختلفا في الصحن فما كان من الدرجة الى باب الخان بينهما وما وراء ذلك الى صدر الخان على الوجهين (أحدهما) هو لصاحب السفلى (والثاني) هو بينهما فان كانت الدرجة في صدر الصحن فالصحن بينهما لوجود اليد والتصرف منهما جميعا فعلى الوجه الذي يقول ان صدر الدرب مختص بصاحب الباب الصدراني له ان يستبدل بما يختص به منه بان يجعله دهليزا لنفسه أو يدخله في داره على وجه لا يضر بجاره ولا يضع على حائطه شيئا لان ذلك ملك له ينفرد به

(فصل) وليس للرجل التصرف في ملكه تصرفا يضر بجاره نحو ان يبني فيه حماما بين الدور أو يفتح خبازا بين المطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض أصحاب أبي حنيفة وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض أصحاب أبي حنيفة لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

خبازا بين المطارين أو يجعله دكان قصارة يهز الحيطان ويخربها أو يحفر بئرا الى جانب بئر جاره يجذب ماءها وبهذا قال بعض الحنفية وعن احمد رواية أخرى لا يمنع وبه قال الشافعي وبعض الحنفية لانه تصرف في ملكه المختص به ولم يتعلق به حق غيره فلم يمنع منه كما لو طبخ في داره أو خبز فيها وسلموا انه يمنع من الدق الذي يهدم الحيطان وينثرها

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا إضرار» ولان هذا إضرار بجيرانه فمنع منه كالذي سلموه كسقي

ولنا قول النبي ﷺ «لا ضرر ولا ضرار» ولأن هذا اضرار بجيرانه ، فنع منه كالدق الذي يهز الحيطان وينثرها ، وكسقي الارض الذي يتعدى الى هدم حيطان جاره ، أو اشعال نار تتعدى الى احراقها قالوا ههنا تعدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره فأشبهه ما لو أرسله اليها قصداً قلنا والدخان هو أجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره ، فهو كاجزاء النار والماء ، وأما دخان الحبز والطبخ فان ضرره يسير ، ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) وان كان سطح أحدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني ستره تستره ، وقال الشافعي لا يلزمه عمل ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلا يحجر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا انه اضرار بجاره فنع منه كدق يهز الحيطان وذلك ، لانه يكشف جاره ويطلع على حرمة فأشبهه ما لو اطلام عليه من صرّ بابه أو خصاصه ، وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلا اطلع اليك فحذفته بحصاة ففقات عينه لم يكن عليك جناح » وبفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره

(فصل) إذا كانت بينهما عرصه حائط فاتفقا على قسمها طولًا جاز ذلك سواء اتفقا على قسمها طولًا أو عرضًا لأنها ملكهما ولا تخرج عنهما وان اختلفا فطلب أحدهما قسمها وهو ان يجعل له نصف الطول في جميع العرض وللاخر مثله فقال أصحابنا يحجر الممتنع على القسمة وهو مذهب الشافعي لان ذلك لا يضر فاذا اقتسما اقتزما. فكان لكل واحد منهما ما تخرج به القرعة ، فان كان مبذياً فلا كلام وإن كان غير مبني كان لكل واحد منهما أن يبني في نصيبه وإن أحب أن يدخل بعض عرصته في داره فعل وإن أحب أن يزيد في حائطه من عرصته فعل ويحتمل أن لا يحجر على القسمة لأنها توجب اختصاص كل واحد منهما ببعض الحائط المقابل للملك شريكه وزوال ملك شريكه فيتضرر لانه لا يقدر على حائط يستر ملكه وربما اختار أحدهما أن لا يبني حائطه فيبقى ملك كل واحد منهما مكشوفاً أو يبنيه ويمنع جاره من وضع خشبه عليه وهذا ضرر لا يرد الشرع بالاجبار عليه ، فان قيل فاذا كان مشتركاً يمكن أيضاً من منع شريكه وضع خشبه عليه قلنا إذا كان له عليه رسم وضع خشبه أو انتفاع به

الارض الذي يتعدى إلى هدم حائط جاره أو اشعال نار يتعدى الى إحراقها ، قالوا ههنا تعدت النار التي اضرها والماء الذي أرسله فكان مرسلًا لذلك في ملك غيره أشبهه ما لو أرسله اليها قصداً ، قلنا والدخان الذي هو اجزاء الحريق الذي أحرقه فكان مرسلًا له في ملك جاره فهو كالتار والماء. وأما دخان الحبز والطبخ فان ضرره يسير ولا يمكن التحرز منه وتدخله المساحة

(فصل) فان كان سطح احدهما أعلى من سطح الآخر فليس لصاحب الاعلى الصعود على سطحه

لم يملك منعه من رسمه وههنا يملك منعه بالسكينة ، وأما إن طلب قسمها عرضاً وهو أن يحصل لكل واحد منهما نصف العرض في كمال الطول نظرنا فان كانت العرصة لا تتسع لحائطين لم يجبر الممتنع من قسمها واختلفوا واختار ابن عقيل أنه يجبر وهو ظاهر كلام الشافعي لانها عرصة فأجبر على قسمها كعرصة الدار ولنا أن في قسمها ضرراً فلم يجبر الممتنع من قسمها عليه كالدار الصغيرة وما ذكره ينتقض بذلك وإن كانت تتسع لحائطين بحيث يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه حائطا فني إجبار الممتنع وجهان أحدهما يجبر قاله أبو الخطاب لانه لا ضرر في القسمة لكون كل واحد منهما يحصل له ما يدفع به حاجته فاشبه عرصة الدار التي يحصل لكل واحد منهما ما يني فيه داراً . والثاني لا يجبر ذكره القاضي لان هذه القسمة لا تقع فيها قرعة لانا لو أقرعنا بينهما لم نأمن أن تخرج قرعة كل واحد منهما على ما يلي ملك جاره فلا ينتفع به فلو أجبرناه على القسمة لأجبرناه على أخذ ما يلي داره من غير قرعة وهذا لا نظير له ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ومتى اقتسم العرصة طولا فني كل واحد منهما لنفسه حائطاً وبقيت بينهما فرجة لم يجبر أحدهما على سدها ولم يمنع من سدها لان ذلك يجري مجرى بناء الحائط في عرصته (فصل) وإن كان بينهما حائط فاتفقا على قسمته طولا جاز ويعلم بين نصيبها بعلامة وإن اتفقا على قسمته عرضاً فقال أصحابنا يجوز القسمة لان الحق لهما لا يخرج عنهما فاشبه العرصة ويحتمل أن لا تجوز القسمة لانها لا تكون إلا بتمييز نصيب أحدهما من الآخر بحيث يمكنه الانتفاع بنصيبه دون نصيب صاحبه وههنا لا يتميز ولا يمكن انتفاع أحدهما بنصيبه منفرداً لانه إن وضع خشبه على أحد جانبي الحائط كان ثقله على الحائط كله وإن فتح فيه طاقاً يصفه نصف كله وإن وقع بعضه تضرر النصيب الآخر ، وإن طلب أحدهما قسمه وأبى الآخر فذكر القاضي أن الحكم في الحائط كالحكم في عرصته سواء ولا يجبر على قسم الحائط إلا ان يطلب أحدهما قسمه طولا ويحتمل أن لا يجبر على قسمه أيضاً وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانهما إن قطعا بينهما فقد أتلغا جزءاً من الحائط ولا يجبر الممتنع من ذلك كما لو كان بينهما ثوب فطلب أحدهما قطعه وان لم يقطع وعلمنا علامة على نصفه كان انتفاع أحدهما بنصيبه انتفاعاً بنصيب الآخر ، ووجه الأول أنه يجبر على قسم الدار وقسم حائطها المحيط بها وكذلك قسم البستان وحائطه ولا يجبر على القطع المضرب بل يعلمه بخط بين نصيبها ولا يلزم من ذلك انتفاع أحدهما بنصيب الآخر وان اتصل به بدليل الحائط المتصل في دارين والله أعلم .

على وجه يشرف على سطح جاره الا أن يبني سترة تستره وقال الشافعي لا يلزمه ستره لان هذا حاجز بين ملكيهما فلم يجبر أحدهما عليه كالاسفل

ولنا أنه أضر بجاره فتح منه كدق يهز الحيطان وذلك أنه يكشف جاره ويطلع على حرمه فاشبه ما لو اطلع عليه من صرّ بابه أو خصاه وقد دل على المنع من ذلك قول النبي ﷺ « لو أن رجلاً اطلع اليك فخذته بحصاة ففقت عينه لم يكن عليك جناح » ويفارق الاسفل فان تصرفه لا يضر بالأعلى ولا يكشف داره .

كتاب الحوالة والضمان

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ «من أحيل بحقه على مليء فليحتل» وأجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك ، والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لكونها بيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع كله ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه . ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ، ويشترط في صحتها رضى المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاها على ما سنده كره إن شاء الله تعالى

﴿مسألة﴾ قال (ومن أحيل بحقه على من عليه مثل ذلك الحق فرضي فقد برىء المحيل أبداً)

من شرط صحة الحوالة شروط أربعة (أحدها) تماثل الحقين لأنها تحويل للحق ونقل له فينقل على

باب الحوالة

الحوالة ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «مطل الغني ظلم وإذا أتبع أحدكم على مليء فليتبع» متفق عليه وفي لفظ من «أحيل بحقه على مليء فليحتل» واجمع أهل العلم على جواز الحوالة في الجملة ، واشتقاقها من تحويل الحق من ذمة إلى ذمة ، وقد قيل إنها بيع فإن المحيل يشتري ما في ذمته بماله في ذمة المحال عليه وجاز تأخير القبض رخصة لأنه موضوع على الرفق فيدخلها خيار المجلس لذلك . والصحيح أنها عقد إرفاق منفرد بنفسه ليس بمحمول على غيره لأنها لو كانت بيعاً لما جازت لأنه يبيع دين بدين ولما جاز التفريق قبل القبض لأنه يبيع مال الربا بجنسه ولجازت بلفظ البيع ولجازت بين جنسين كالبيع ولأن لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع فعلى هذا لا يدخلها خيار وتلزم بمجرد العقد وهذا أشبه بكلام أحمد وأصوه ، ولا بد فيها من محيل ومحتال ومحال عليه ﴿مسألة﴾ (والحوالة تنقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فلا يملك المحتال الرجوع عليه بمحال

صفته ويعتبر تأثلهما في أمور ثلاثة (أحدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحوال من عليه ذهب بفضة أو من عليه فضة بذهب لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحوال من عليه صحاح بمكسرة ، أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح

(الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فإن كان أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أجل أحدهما إلى شهر والآخر إلى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يقبض حقه أو بعضه بعد شهر لم تصح الحوالة لأن الحال لا يتأجل ولأنه شرط ما لو كان ثابتاً في نفس الأمر لم تصح الحوالة فكذلك إذا شرطه ، وإذا اجتمعت هذه الأمور وصحت الحوالة وتراضيا بأن يدفع المحال عليه خيراً من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو رضي من له الحال بانظاره جاز لأن ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى ، وإن مات المحيل أو المحال فالأجل بحاله ، وإن مات المحال عليه ففي حلول الحق روايتان مضي ذكرهما (الشرط الثاني) أن تكون على دين مستقر ، ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر ، إلا أن السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه ، لأن دين السلم ليس بمستقر لكونه بعرض الفسخ لا نقطاع السلم فيه ، ولا تصح الحوالة به لأنها لم تصح إلا فيما يجوز أخذ العوض عنه والسلم لا يجوز أخذ العوض عنه لقول النبي صلى الله عليه وسلم « من أسلم في شيء فلا يصرفه إلى غيره » ولا تصح الحوالة على المسكاتب بمال الكتابة لأنه غير مستقر فإن له أن يمتنع من ادائه ويسقط بعجزه ، وتصح الحوالة عليه بدين

إذا صحت الحوالة برئت ذمة المحيل وانتقل الحق إلى ذمة المحال عليه في قول عامة أهل العلم وروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يرثه وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان

ولنا أن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت ذلك فتنى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غيره . وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وهو ظاهر كلام الخراقي ، وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجم على صاحبه وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين إذا مات المحال عليه مفلساً وإذا جحدده وحلف عليه عند الحاكم ، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالين وإذا حجر عليه لفلس لأنه روي عن عثمان أنه سئل عن رجل أحيل بحقه فمات المحال عليه مفلساً فقال يرجع بحقه لأنه لا نوى على مال امرئ مسلم ولأنه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لأحد المتعاضدين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم إليه

ولنا أن حزنا جد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحواله به فمات المحال

غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المداينات، وان أحال المكااتب سيده بنجم قد حل عليه صح وبرئت ذمة المكااتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض ، وان أحالت المرأة على زوجها بصدقتها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر، وان أحالها الزوج به صح لانه له تسليمه اليها وحوالته به تقوم مقام تسليمه ، وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا ، وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء وله الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتيقن ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز عند العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة يفسخ نكاحها بسبب من جهتها ، أو المشتري يفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع المحيل بدينه على المحال عليه (والثاني) لا تبطل لان الحق انتقل عن المحيل فلم يعد اليه ، وثبت للمحتال فلم يزل عنه ، ولان الحوالة بمنزلة القبض ف كان المحيل أقبض المحتال دينه فبرجعه عليه به يأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر ، وان كان بعد القبض لم يبطل وجها واحدا ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وان أحال من لا دين له عليه رجلا على آخر له عليه دين فليس ذلك بحوالة بل هي وكالة تثبت فيها أحكامها لان الحوالة مأخوذة من تحول الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويحول

عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعذك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره ان له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن هي عليه ولا ممن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين وحديث عثمان لم يصح يرويه خلد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه وقد روي انه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولو صح كان قول علي مخالفاً له، وقولهم هو معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهى عنه ويفارق المعاوضة بالثوب لان في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

﴿مسئلة﴾ (ولا تصح الا بشروط ثلاثة) (أحدها) ان يحيل على دين مستقر فان أحال على مال الكتابة أو السلم قبل قبضه أو المداق قبل الدخول لم يصح وان أحال المكااتب سيده أو الزوج امرأته صح لا تصح الحوالة على دين غير مستقر لان مقتضاها الزام المحال عليه الدين مطلقا ولا يثبت ذلك فيما هو بمرض السقوط ولا يعتبر أن يحيل بدين مستقر الا ان السلم لا تصح الحوالة به ولا عليه لان دين السلم ليس بمستقر لكونه متعرضا للفسخ بانقطاع المسلم فيه ولا تصح الحوالة به لانها لا تصح الا فيما يجوز أخذ الموض عنه ولا يجوز ذلك في السلم لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلف في شيء فلا يصرفه الى

وانما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحويله الى الحيل ، وان أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة أيضا نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الاداء ، ولا المحتال قبول ذلك ، لان الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وانما هو اقتراض فان قبض المحتال منه الدين رجع على الحيل لانه قرض ، وان أبرأه ولم يقبض منه شيئا لم تصح البراءة لانها براءة لمن لا دين عليه ، وان قبض منه الدين ثم وهبه لإياه رجع المحال عليه على الحيل به لانه قد غرم عنه وانما عاد اليه المال بعقد مستأنف ويحتمل ان لا يرجع عليه لكونه ما غرم عنه شيئا ، وان أحال من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين ، ولم يوجد واحد منهما

(فصل) الشرط الثالث ان تكون بمال معلوم لانها ان كانت يما فلا تصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم والجهالة تمنع منه فتصح بكل ما يثبت مثله في الذمة بالاتلاف من الاثبات والحبوب والادهان ، ولا تصح فيها لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة ومن شرط الحوالة تساوى الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمدروع والمعدود ففي صحة الحوالة به وجهان

(أحدهما) لا تصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمنه بمثله في الانلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) تصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فأشبهه ماله مثل ويحتمل أن يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقتضى به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من الدية وله على

غيره فلا تصح الحوالة على المكاتب بمال الكتابة لانه غير مستقر لان له ان يمتنع من أدائه ويسقط بعجزه وتصح الحوالة عليه بدين غير دين الكتابة لان حكمه حكم الاحرار في المدائيات ، وان أحال المكاتب سيده بنجم قد حل عليه صح ويرث ذمة المكاتب بالحوالة ويكون ذلك بمنزلة القبض وان أحالت المرأة على زوجها بصداقها قبل الدخول لم يصح لانه غير مستقر يحتمل ان يسقط بانفساخ النكاح بسبب من جهتها ، وان أحالها الزوج به صح لان له تسليمه اليها وحواله به تقوم مقام تسليمه وان أحالت به بعد الدخول صح لانه مستقر ، وان أحال البائع بالثمن على المشتري في مدة الخيار لم يصح في قياس ما ذكرنا وان أحاله المشتري به صح لانه بمنزلة الوفاء قبل الاستقرار ، وان أحال للبائع بالثمن على المشتري ثم ظهر على عيب لم يتيقن ان الحوالة كانت باطلة لان الثمن كان ثابتا مستقرا والبيع كان لازما وانما ثبت الجواز بعد العلم بالعيب بالنسبة الى المشتري ، ويحتمل ان تبطل الحوالة لان سبب الجواز عيب المبيع وقد كان موجودا وقت الحوالة . وكل موضع أحال من عليه دين غير مستقر به ثم سقط الدين كالزوجة ينفسخ نكاحها بسبب من جهتها أو المشتري ينفسخ البيع ويرد المبيع فان كان ذلك قبل القبض من المحال عليه ففيه وجهان (أحدهما) تبطل الحوالة لعدم الفائدة في بقائها ويرجع

آخر مثلها في السن فقال القاضي تصح لأنها تختص بأقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولأن الأبل ليست من المثليات التي تضمن مثلها في الائتلاف ولا تثبت في الذمة سلماً في رواية ، وإن كان عليه أبل من دية وله على آخر مثلها قرضاً فأحاله عليه فإن قلنا يرد في القرض قيمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلها اقضى قول القاضي صحة الحوالة لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدين وقد رضي بتسليم ما له في ذمة المقرض وإن كانت بالعكس فاحتال المقرض بأبل الدية لم تصح لأننا نحب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل فلمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(فصل) الشرط الرابع أن يحيل برضائه لأن الحق عليه فلا يلزمه ادأؤه من جهة الدين الذي على المحال عليه ولا خلاف في هذا فإذا اجتمعت شروط الحوالة وصحت برئت ذمة المحيل في قول عامة الفقهاء إلا ما يروى عن الحسن أنه كان لا يرى الحوالة براءة إلا أن يبرئه، وعن زفر أنه قال لا تنقل الحق وأجراها مجرى الضمان وليس بصحيح لأن الحوالة مشتقة من تحويل الحق بخلاف الضمان فإنه مشتق من ضم ذمة إلى ذمة فعلق على كل واحد مقتضاه وما دل عليه لفظه . إذا ثبت أن الحق انتقل فتى رضي بها المحتال ولم يشترط اليسار لم يعد الحق إلى المحيل أبداً سواء أمكن استيفاء الحق أو تعذر لمطل أو فلس أو موت أو غير ذلك هذا ظاهر كلام الحارثي وبه قال الليث والشافعي وأبو عبيد وابن المنذر وعن أحمد ما يدل على أنه إذا كان المحال عليه مفلساً ولم يعلم المحتال بذلك فله الرجوع إلا أن يرضى بعد العلم وبه قال جماعة من أصحابنا ونحوه قول مالك لأن الفليس عيب في المحال عليه فكان

المحيل بدنيه على المحال عليه والثاني لا تبطل لأن الحق انتقل عن المحيل فلم يعد إليه وثبت للمحتال فلم يزل عنه ولأن الحوالة بمنزلة القبض فكان المحيل أقبض المحتال فيرجع عليه به ويأخذ المحتال من المحال عليه وسواء تعذر القبض من المحال عليه أو لم يتعذر وإن كان بعد القبض لم تبطل وجهاً واحداً ويرجع المحيل على المحتال به

(فصل) وإن أحال من لا دين عليه على من له عليه دين فهي وكالة يثبت فيها أحكامها وليست بحوالة لأن الحوالة مأخوذة من تحويل الحق وانتقاله ولا حق هنا ينتقل ويتحول وإنما جازت الوكالة بلفظ الحوالة لاشتراكها في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال عليه وتحويل ذلك إلى الوكيل كتحويله إلى المحتال، وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فليست حوالة نص عليه أحمد فلا يلزم المحال عليه الأداء ولا المحتال القبول لأن الحوالة معاوضة ولا معاوضة هنا وإنما هو اقتراض فإن قبض المحتال منه الدين رجع على المحيل لأنه قرض وإن أبرأه لم تصح البراءة لأنها براءة لمن لا دين عليه وإن وهبه إياه بعد أن قبضه منه رجع المحال عليه على المحيل به لأنه قد غرم عنه وإنما عاد إليه المال بمقدار مستأنف ويحتمل أن لا يرجع إليه لكونه ما

له الرجوع كما لو اشترى سلعة فوجدها معيبة ولان المحيل غره فكان له الرجوع كما لو دلس المبيع وقال شريح والشعبي والنخعي متى أفلس أو مات رجع على صاحبه، وقال أبو حنيفة يرجع عليه في حالين اذا مات المحال عليه مفلسا واذا جحده وحلف عليه عند الحاكم، وقال أبو يوسف ومحمد يرجع عليه في هاتين الحالتين وإذا حجر عليه لفلس لانه روي عن عثمان أن سئل عن رجل أحيل بمحقة فمات المحال عليه مفلسا فقال يرجع بمحقة لا توى على مال امرئ مسلم، ولانه عقد معاوضة لم يسلم العوض فيه لاحد المتعاضدين فكان له الفسخ كما لو اعتاض بثوب فلم يسلم اليه

ولنا ان حزانجيد سعيد بن المسيب كان له على علي رضي الله عنه دين فأحاله به فمات المحال عليه فأخبره فقال اخترت علينا أبعدك الله فأبعده بمجرد احتياله ولم يخبره أن له الرجوع ولانها براءة من دين ليس فيها قبض ممن عليه ولا بمن يدفع عنه فلم يكن فيها رجوع كما لو أبرأه من الدين ، وحديث عثمان لم يصح برويه خالد بن جعفر عن معاوية بن قرة عن عثمان ولم يصح سماعه منه وقد روي أنه قال في حوالة أو كفالة وهذا يوجب التوقف ولا يصح ولو صلح كان قول علي مخالفا له وقولهم أنه معاوضة لا يصح لانه يفضي الى بيع الدين بالدين وهو منهي عنه ويفارق المعاوضة بالتوب لانه في ذلك قبضاً يقف استقرار العقد عليه وهنا الحوالة بمنزلة القبض والا كان بيع دين بدين

(فصل) فان شرط ملاءة المحال عليه فبان معسرا رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية وقال بعضهم لا يرجع لان الحوالة لا ترد بالاغيار إذا لم يشترط الملاءة فلا ترد به وان شرط كما لو شرط كونه مسلما ، ويفارق البيع فان الفسخ يثبت بالاغيار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

غرم عنه شيئا، وان أحال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض وليست حوالة لان الحوالة انما تكون بدين على دين (الشرط الثاني) اتفاق الدينين في الجنس والصفة والحلول والتأجيل لانها تحويل للحق ونقل له فينتقل على صفته. ويستبرأ ثلثهما في الامور المذكورة (احدها) الجنس فيحيل من عليه ذهب بذهب ومن عليه فضة بفضة ولو أحال من عليه ذهب بفضة أو بالعكس لم يصح (الثاني) الصفة فلو أحال من عليه صحاح بمكسرة أو من عليه مصرية بأميرية لم يصح (الثالث) الحلول والتأجيل ويعتبر اتفاق أجل المؤجلين فان كان أحدهما حالا والآخر مؤجلا او كان أحدهما الى شهر والآخر الى شهرين لم تصح الحوالة ، ولو كان الحقان حالين فشرط على المحتال أن يؤخر حقه أو ببضه الى أجل لم تصح الحوالة لان الحال لا يتأجل ولانه شرط ما لو كان ثابتا في نفس الامر لم تصح الحوالة فكذلك اذا اشترطه. فاذا اجتمعت هذه الامور وصحت الحوالة فتراضيا بأن يدفع المحال عليه الى المحتال خيرا من حقه أو رضي المحتال بدون الصفة أو رضي من عليه المؤجل بتعجيله أو من له الحال بانظاره جاز لان ذلك يجوز في القرض ففي الحوالة أولى فان مات المحيل أو المحتال فالأجل بحاله وان مات المحتال عليه انبنى على حلول الدين بالموت وفيه روايتان (الشرط الثالث) أن يحيل برضاه لان الحق

وانا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولانه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة فيثبت الفسخ بقواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع

(فصل) ولو لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مقلسا أو ميتا رجع على المحيل بلا خلاف فانه لا يلزمه الاحتيال على غير ملىء لما عليه فيه من الضرر وانما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة اذا أحيل على ملىء ولو أحاله على ملىء فلم يقبل حتى أعسر فله الرجوع أيضا على ظاهر قول الحرقى لكونه اشترط في براءة المحيل ابداء رضى المحتال

(مسئلة) قال (ومن أحيل بحقه على ملىء فواجب عليه أن يحتال)

الملىء هو القادر على الوفاء جاء في الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «إن الله تعالى يقول: من يقرض الملىء غير المعدم . وقال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مئينة وأحسن يا ذات الوشاح النقاضيا

يعنى قادرة على وفائي والظاهر أن الحرقى أراد بالملىء ههنا القادر على الوفاء غير الجاحد ولا الماطل قال احمد في تفسير الملىء، كان الملىء عنده أن يكون ملىاً بماله وقوله وبدنه ونحو هذا فاذا أحيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما وقال أبو حنيفة يعتبر رضاهما لأنها معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين . وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لان حقه في ذمة المحيل

عليه فلا يلزمه اداؤه من جهة الدين الذى على المحال عليه ولا خلاف في هذا

(فصل) ويعتبر لصحة الحوالة ان تكون بمال معلوم لأنها ان كانت يما فلا يصح في مجهول وان كانت تحول الحق فيعتبر فيها التسليم، والجهالة تمنع منه، فتصح بكل ما يثبت في الذمة بالاتلاف من الأثمان والحبوب والادهان، ولا تصح فيما لا يصح السلم فيه لانه لا يثبت في الذمة، ومن شرط الحوالة تساوي الدينين فاما ما يثبت في الذمة سلما غير المثليات كالمعدود والمذروع ففي صحة الحوالة به وجهان (أحدهما) لا يصح لان المثل فيه لا يتحرر ولهذا لا يضمن بمثله في الاتلاف وهذا ظاهر مذهب الشافعي (والثاني) يصح ذكره القاضي لانه حق ثابت في الذمة فاشبه ماله بمثل، ويحتمل ان يخرج هذان الوجهان على الخلاف فيما يقضي به قرض هذه الاموال فان كان عليه ابل من ائدية وله على آخر مثله في السن فقال القاضي يصح لأنها تختص باقل ما يقع عليه الاسم في السن والقيمة وسائر الصفات، وقال أبو الخطاب لا تصح في أحد الوجهين لأنها مجهولة ولان الابل ليست من المثليات التي تضمن بمثلها في الاتلاف فلا ثبت في الذمة سلما في رواية، وإن كان عليه ابل في دية وله على آخر مثله قرنا فأحاله عليه فان قلنا يرد القرض قسمتها لم تصح الحوالة لاختلاف الجنس وإن قلنا يرد مثلهما اقتضى قول القاضي صحة الحوالة

فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز أن يجبره على أن يأخذ بالدين عرضاً . فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاه إلا أن يكون المحتال عدوه ، وللشافعي في اعتبار رضائه قولان أحدهما يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبهه الحيل والثاني لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يفتقر إلى رضاه من عليه الحق كالتوكيل .

ولنا قول النبي ﷺ إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عمداً في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ما وجب له فلم يلزمه قبوله .

(فصل) إذا أقال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أقال الرجل عمراً على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتال والمحيل لا يضر .

(فصل) إذا اشتري عبداً فأحال المشتري البائع بالتمن ثم ظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لأننا تبينا أنه لا تمن على المشتري وإنما ثبتت حرية بينة أو اتفاقهم ، فإن انفق المحيل والمحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا يثبت بذلك لم يقبل قولها عليه لأنها ييطان حقه أشبه مالهو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائعه أنه كان حراً لم يقبل قولها على المشتري الثاني

لأنه أمكن استيفاء الحق على صفته من المحال عليه ولأن الخيرة في التسليم إلى من عليه الدية وقد رضي بتسليم ماله في ذمة المقرض فان كانت بالعكس فأحتال المقرض بابل الدية لم يصح لأننا قلنا تجب القيمة في القرض فقد اختلف الجنس وإن قلنا يجب المثل للمقرض مثل ما أقرض في صفاته وقيمه والذي عليه الدية لا يلزمه ذلك

(مسئلة) (ولا يعتبر رضى المحال عليه ولا رضى المحتال ان كان المحال عليه مايثاً)

أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه لأن للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل وإنما تعتبر الملاءة في رضى المحتال بقرض المني غير المعدم قال الشاعر :

تطيلن لياني وأنت مليئة واحسن يا ذات الوشاح التقاضيا

يعني فادرة على وفائي قال احمد في تفسير المني ان يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فتى اهيل على من هذه صفته لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما ، وقال ابو حنيفة يعتبر رضاهما لأنه معاوضة فيعتبر الرضا من المتعاقدين ، وقال مالك والشافعي يعتبر رضى المحتال لأن حقه في ذمة المحيل فلا يجوز نقله إلى غيرها بغير رضاه كما لا يجوز ان يجبره على ان يأخذ بالدين عوضاً ، فأما المحال عليه فقال مالك لا يعتبر رضاؤه إلا ان يكون المحتال عدوه وللشافعي في اعتبار رضاه قولان :

وإن أقاما بينة لم تسمع لأنها كذباها بدخولها في التبائع، وإن أقام العبد بينة بحريته قبلت وبطلت الحوالة، وإن صدقها المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع بينة لأن الأصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكانت جنبته أقوى فإن أقاما البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لأنها لم يكذبها، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لأنه لإقرار على غيرهما وبطل الحوالة لاتفاق المرجوع عليه بالدين والراجع به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يمتدح للمحتال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئاً، وإن اعترف المحتال والمحال عليه بحرية العبد عتق لإقرار من هو في يده بحريته وبطلت الحوالة بالنسبة إليهما ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لأن دخوله معه في الحوالة اعتراف ببراءته فلم يكن له الرجوع عليه.

(فصل) وإن اشترى عبداً فأحال المشتري البائع بالثمن على آخر فقبضه من المحال عليه ثم رد المشتري العبد بعيب أو مقابلة أو اختلاف في ثمن فقد بريء المحال عليه لأنه قبض منه بأذنه ويرجع المشتري على البائع وإن رده قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه وبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لأن الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ فيجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به. وقال أبو الخطاب لا تبطل الحوالة في أحد الوجهين لأن

(أحدهما) يعتبر وهو يحكى عن الزهري لأنه أحد من تم به الحوالة فأشبه المحيل

(والثاني) لا يعتبر لأنه أقامه في القبض مقام نفسه فلم يقتدر إلى رضى من عليه الحق كالتوكيل

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «إذا اتبع أحدكم على مليء فليتبم» ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحتال القبول كما لو وكل رجلاً في إيفائه، وفارق ما إذا أراد أن يعطيه عما في ذمته عرضاً لأنه يعطيه غير ماوجب له فلم يلزمه قبوله وإن لم يكن المحال عليه مليئاً لم يلزمه أن يحتال لمفهوم الحديث ولأن عليه ضرراً في ذلك فلم يلزمه كما لو بذل له دون حقه في الصفة

(فصل) فإن شرط المحتال ملأه المحال عليه فإن معسراً رجع على المحيل وبه قال بعض الشافعية

وقال بعضهم لا يرجع لأن الحوالة لا ترد بالاعسار إذا لم يشترط الملأ فلا ترد به وإن شرط كما لو شرط كونه مسلماً ويفارق البيع فإن الفسخ يثبت بالاعسار فيه من غير شرط بخلاف الحوالة

ولنا قول النبي ﷺ «المسلمون على شروطهم» ولأنه شرط ما فيه مصلحة العقد في عقد معاوضة

فيثبت الفسخ بفواته كما لو شرط صفة في المبيع وقد يثبت بالشرط ما لا يثبت باطلاق العقد بدليل اشتراط صفة في المبيع.

(مسئلة) (وإن ظنه مليئاً فإن مفسداً ولم يكن رضى بالحوالة رجع عليه وإلا فلا ويحتمل أن يرجع)

المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلاً صحيحاً وبريء من الثمن وبريء المحال عليه من دين المشتري فلم يطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا ، فان قلنا يطلان الحوالة رجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينها وبين البائع معاملة وإن قلنا لا تبطل رجع المشتري على البائع بالثمن وبأخذه البائع من المحال عليه فان عاد البائع فأحال المشتري صح بالثمن على من أحاله المشتري عليه صح وبريء البائع وعاد المشتري إلى غريمه ، وإن كانت المسئلة بحالها لكن أحال البائع أجنبياً على المشتري ثم رد العبد المبيع في الحوالة وجهان (أحدهما) لا تبطل لان ذمة المشتري ، برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للاجنبي المحتال فأشبه ما لو دفعه المشتري الى المحيل ، فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم الى المحتال ما أحاله به . واثاني تبطل الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولانه لا فائدة في بقاء الحوالة ههنا فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها واذا قلنا لا تبطل فأحال المشتري المحال عليه بالثمن على البائع صح وبريء المشتري منهما

(فصل) اذا كان لرجل على آخر دين فأذن لآخر في قبضه ثم اختلف هو والمأذون له فقال وكلتك في قبض ديني بلفظ التوكيل فقال بل أحلتني بلفظ الحوالة أو كانت بالعكس فقال أحلتك

أما إذا لم يرض المحتال بالحوالة ثم بان المحال عليه مفسداً أو ميتاً رجع على المحيل بغير خلاف ، ولا يلزمه الاحتيال على غير المولى لما عليه فيه من الضرر وإنما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقبول الحوالة على المولى ، وان كان رضي بالحوالة لم يرجع لانه رضي بدون حقه وبمحتل أن يرجع لان الفلاس عيب في الذمة فأشبهه مالهو اشترى شيئاً يظنه سليماً فبان معيماً .

(مسئلة) (وإذا أحال المشتري البائع بالثمن أو أحال البائع عليه به فيان البيع باطلاً فالحوالة باطلة) مثل أن يشتري عبداً فيحيل المشتري البائع بالثمن ثم يظهر العبد حراً أو مستحقاً فالبيع باطل والحوالة باطلة لانا نينا أن لا ثمن على المشتري وكذلك ان أحال البائع على المشتري أجنبياً بالثمن متى بطل البيع بطلت الحوالة لذلك والحرية إنما ثبتت بينة أو اتفاقهم فان اتفق المحيل والمحال عليه على حرية وكذبهما المحتال ولا يينة بذلك لم يقبل قولهما عليه لانهما يطلان حقه فأشبه ما لو باع المشتري العبد ثم اعترف هو وبائمه أنه كان حراً لم يقبل قولهما على المشتري الثاني وان أقام بينه لم تسمع لانهما كذباها بدخولها في التبايع ، وان أقام العبد بينة بحرية قبلت وبطلت الحوالة وإن صدقتهما المحتال وادعى أن الحوالة بغير ثمن العبد فالقول قوله مع يمينه لان الاصل صحة الحوالة وهما يدعيان بطلانها فكان جنبته أقوى فان أقام البينة أن الحوالة كانت بالثمن قبلت لانهما لم يكذباها ، وإن اتفق المحيل والمحتال على حرية العبد وكذبهما المحال عليه لم يقبل قولهما عليه في حرية العبد لانه لإقراره على غيرهما وتبطل

بدبتك قال بل وكلتني فالقول قول مدعي الوكالة منهما مع يمينه لانه يدعي بقاء الحق على ما كان ويشكر انتقاله والاصل معه، فان كان لاحدهما بينة حكم بها لان اختلافهما في اللفظ وهو عما يمكن إقامة البينة عليه، وان اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي لي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أنما وكلتك في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بدبني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين لان الظاهر معه فان اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره، كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لان الاصل بقاء حق المحيل على المحال عليه والمحال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر، فعلى الوجه الاول يحلف المحال ويثبت حقه في ذمة المحال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحال عليه. وعلى كلا الوجهين ان كان المحال قد قبض الحق من المحال عليه وتلف في يده فقد برىء كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريطه أو غيره لانه ان تلف بتفريط وكان المحال محققا فقد أتلف ماله وان كان مبطلا ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر مثل ما في ذمته له فيتقاصان ويسقطان، وان تلف بغير تفريط فالمحال قد قبض حقه وتلف في يده وبرىء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه يتسلمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وان لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لانه معترف أن له عليه من الدين مثل ما له في يده وهو مستحق

الحوالة لانفاق المرجوع عليه بالدين والراجح به على استحقاق الرجوع والمحال عليه يعترف للمحال بدين لا يصدق فيه فلا يأخذ منه شيئا، وان اعترف المحال والمحال عليه بجزئية البعد عتق لاقرار من هو في يده بجزئته وبطأت الحوالة بالنسبة اليهما ولم يكن للمحال الرجوع على المحيل لان دخوله معه في الحوالة اعتراف ببرائه فلم يكن له الرجوع عليه

(مسئلة) (فان فسخ العقد بعيب أو إقالة لم تبطل الحوالة)

يعني إذا فسخ العقد بعيب أو إقالة بعد القبض فيها إذا أحال المشتري البائع بالثمن فقد برىء المحال عليه لانه قبض منه باذنه ويرجع المشتري على البائع فان كان ذلك قبل القبض فقال القاضي تبطل الحوالة ويعود المشتري إلى ذمة المحال عليه ويبرأ البائع فلا يبقى له دين ولا عليه لان الحوالة بالثمن وقد سقط بالفسخ، ويجب أن تبطل الحوالة لذهاب حقه من المال المحال به، وقال أبو الخطاب لا تبطل في أحد الوجهين لان المشتري عوض البائع عما في ذمته ماله في ذمة المحال عليه ونقل حقه اليه نقلا صحيحاً وبرىء من الثمن وبرىء المحال عليه من دين المشتري فلم يبطل ذلك بفسخ العقد الاول كما لو أعطاه بالثمن ثوباً وسلمه اليه ثم فسخ العقد لم يرجع بالثوب كذا ههنا، فان قلنا يبطلان الحوالة ترجع المحيل على المحال عليه بدينه ولم يبق بينهما وبين البائع معاملة وان قلنا لا تبطل رجوع المشتري على البائع بالثمن ويأخذ البائع من المحال عليه وان كانت المسئلة مجاهلا لكن أحال البائع أجنبيا بالثمن على المشتري ثم رد البعد المبيع في الحوالة وجهان :

لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتمل مطالبة بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتمل المطالبة بدينه لاعترافه براءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتمل أن اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولهما جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع للبينة في هذه المسئلة لأنهما لا يختلفان في لفظ يسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل بينة وهذا لا نشهد به البينة نفيًا ولا اثباتًا

(فصل) وإن كانت المسئلة بالعكس فقال أحلتك بدينك فقال بل وكلتني ففيها الوجهان أيضا لما قدمناه فإن قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتمل وللمحتمل قبض المال من المحال عليه لنفسه لأنه يجوز له ذلك بقولهما معاً فإذا قبضه كان له بحقه ، وإن قلنا القول قول المحتمل فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتمل عليه لأنه إما وكيل وإما محتمل فإن قبض منه قبل أخذه من المحيل فله أخذ ما قبض لنفسه لأن المحيل يقول هو لك والمحتمل يقول هو أمانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فإذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً وإن استوفى من المحيل رجع على المحال عليه في أحد الوجهين لأنه قد ثبتت الوكالة يمين المحتمل وبقي الحق في ذمة المحال عليه للمحيل والثاني لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء

(أحدهما) لا تبطل لأن ذمة المشتري برئت بالحوالة من حق البائع وصار الحق عليه للمحتمل فأشبه ما لو دفعه المشتري إلى المحيل فعلى هذا يرجع المشتري على البائع بالثمن ويسلم للمحتمل ما أحاله به (والثاني) تبطل الحوالة إن كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن الذي كانت الحوالة به ولا فائدة في بقاء الحوالة فيعود البائع بدينه ويرأ المشتري منهما كالمسئلة قبلها

(مسئلة) (وللبائع أن يحيل المشتري على من أحاله المشتري عليه في الصورة الأولى والمشتري أن يحيل المحتمل عليه على البائع في الثانية) إذا قلنا إن الحوالة لا تبطل ويحتمل أن تبطل إذا لم يكن قبضها وقد ذكرناه

(فصل) إذا أحال رجلاً على زيد بألف فأحاله زيد بها على عمرو فالحوالة صحيحة لأن حق الثاني ثابت مستقر في الذمة فصح أن يحيل به كالأول وهكذا لو أحال الرجل عمرأ على زيد بما يثبت له في ذمته صح أيضاً لما ذكرنا وتكرر المحتمل والمحيل لا يضر

(مسئلة) (وإذا قال أحلتك قال بل وكلتني أو قال وكلتك قال بل أحلتني قال قول مدعي الوكالة)

إذا كان لرجل دين على آخر فأذن لرجل في قبضه ثم اختلفا فقال أحلتك بدينك قال بل وكلتني ودينى باقى في ذمتك أو قال وكلتك في قبض دينى بلفظ التوكيل قال بل أحلتني (الجزء الخامس) (٩)

من حقه وانما المحتال ظلمه بأخذ ما كان عليه قال القاضي والاول أصح وإن كان قد قبض الحوالة فتلفت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه على الوجهين لأنه إن كان محققاً فقد أتلف حقه وإن كان مبطلاً فقد أتلف مثل دينه فيثبت في ذمته ويتقاصن، وإن تلفت بغير تفريطه فعلى الوجه الاول يسقط حقه أيضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له أن يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يعترف ببراءته

(فصل) وإن اتفقا على أن المحيل قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فقال أحدهما هي حوالة بلفظها وقال الآخر بل هي وكالة بإفظ الحوالة فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحد إلا أن الحوالة بدينه لا تحتل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لا دين لك علي لأن قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحدده له بعد ذلك فإما أن لم يقل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما عنت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكنتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنها حوالة بدينه وأن دينه كان ثابتاً على المحيل، فهل ذلك اعتراف بالدين أولاً؟ فيه وجهان سبق توجيههما

بلفظ الحوالة فالقول قول مدعي الوكالة مع يمينه لأنه يدعي بقاء الحق على ما كان وينكر انتقاله والاصل معه فإن كان لأحدهما يمينه حكم بها لأن اختلافهما في اللفظ وهو مما يمكن إقامة اليمين عليه (مسئلة) وإذا اتفقا على أنه قال أحلتك بالمال الذي قبل زيد ثم اختلفا فقال المحيل أنما وكنتك

في القبض لي وقال الآخر بل أحلتني بديني عليك فالقول قول مدعي الحوالة في أحد الوجهين (لأن الظاهر معه فإن اللفظ حقيقة في الحوالة دون الوكالة فيجب حمل اللفظ على ظاهره كما لو اختلفا في دار في يد أحدهما (والثاني) القول قول المحيل لأن الاصل بقاء حق المحيل على المحتال عليه والمحتال يدعي نقله والمحيل ينكره والقول قول المنكر . فعلى الوجه الاول يحلف المحتال ويثبت حقه في ذمة المحتال عليه ويستحق مطالبته ويسقط عن المحيل، وعلى الوجه الثاني يحلف المحيل ويبقى حقه في ذمة المحتال عليه، وعلى كلا الوجهين إن كان المحتال قد قبض من المحتال عليه وتلف في يده فقد برئ كل واحد منهما من صاحبه ولا ضمان عليه سواء تلف بتفريط أو غيره لأنه إن تلف بتفريط وكان المحتال محققاً فقد أتلف ماله وإن كان مبطلاً ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر ما في ذمته له فيتقاصن ويسقطان وإن تلف بغير تفريط فالمحتال يقول قد قبضت حقي وتلف في يدي وبريء منه المحيل بالحوالة والمحال عليه بتسليمه والمحيل يقول قد تلف المال في يد وكيلي بغير تفريط فلا ضمان عليه وإن لم يتلف احتمل أن لا يملك المحيل طلبه لأنه معترف أن له عليه من الدين مثل ماله في يده وهو مستحق لقبضه فلا فائدة في أن يقبضه منه ثم يسلمه اليه ويحتمل أن يملك أخذه منه ويملك المحتال مطالبته بدينه وقيل يملك المحيل أخذه منه ولا يملك المحتال

(فصل) وإذا كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلاناً الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه وإن كان لمن عليه الدين يئنه بدعواه سمعت يئنه لاسقاط حق المحيل عليه ، وإن ادعى رجل أن فلاناً الغائب أحالني عليك فأنكر المدعى عليه فالقول قوله فإن أقام المدعى يئنه ثبتت في حقه وحق الغائب لأن اليئنه يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال وإن لم يكن له يئنه فأنكر المدعى عليه فهل تلزمه اليمين ؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت يئنه والثاني لا يلزمه الدفع اليه لأنه لا يأمن من انكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى عليه أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمه اليمين مع الانكار فاذا حلف بريء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته . وكذلك إن قلنا لا تلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل ثم ينظر في المحيل

المطالبة بدينه لاعترافه ببراءة المحيل منه بالحوالة وليس بصحيح لأن المحتال ان اعترف بذلك فهو يدعي أنه قبض هذا المال منه بغير حق وأنه لا يستحق المطالبة به فعلى كلا الحالين هو مستحق للمطالبة بمثل هذا المال المقبوض منه في قولها جميعاً فلا وجه لاسقاطه ولا موضع لليئنه في هذه المسألة لانهما لا يختلفان في لفظ بسمع ولا فعل يرى وإنما يدعي المحيل يئنه وهذا لا تشهد به البيئة نفيّاً ولا اثباتاً .

(فصل) فإن قال احلتك بدينك قال بل وكلتني ففيهما وجهان ايضاً لما قدمنا فان قلنا القول قول المحيل فحلف بريء من حق المحتال والمحتال قبض المال من المحتال عليه لنفسه لأنه يجوز ذلك بقولها معاً فاذا قبضه كان له بحقه ، وان قلنا القول قول المحتال فحلف كان له مطالبة المحيل بحقه ومطالبة المحتال عليه لأنه اما وكيل او محتال ، فان قبض منه قبل أخذه من المحيل فله اخذ ما قبض لنفسه لأنه يجوز ذلك لأن المحيل يقول هو لك والمحتال يقول هو امانة في يدي ولي مثله على صاحبه وقد أذن له في أخذه ضمناً فاذا أخذه لنفسه حصل غرضه ولم يأخذ من المحيل شيئاً ، وان استوفى من المحتال ، ودون المحتال عليه رجع المحيل على المحتال عليه في أحد الوجهين لأن الوكالة قد ثبتت يمين المحتال وبقي في ذمة المحتال عليه للمحيل (والثاني) لا يرجع عليه لأنه يعترف أنه قد بريء من حقه وإنما المحيل ظلمه باخذ ما كان عليه ، قال القاضي والاول أصح وان كان قد أخذ الحوالة قتلت في يده بتفريط أو اتلفها سقط حقه وجهاً واحداً لأنه ان كان محققاً فقد أتلف حقه وان كان بطلاً فقد أبطل مثل دينه فيثبت في ذمته فينقاصان وان تلف بغير تهريطه فعلى الوجه الأول يسقط حقه ايضاً لأن ماله تلف تحت يده وعلى الثاني له ان يرجع على المحيل بحقه وليس للمحيل الرجوع على المحتال عليه لأنه يقر ببراءته

فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة له لان رضى المحال عليه لا يعتبر، وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة، وإن نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل، وإن كان المحيل ينكر أن له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه، وإن كان المحيل يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر بأنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال أحلتك بدينك فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحداً)

إذا اتفقا على أنه قال أحلتك بدينك ثم اختلفا فالقول قول مدعي الحوالة وجهها واحدا لان الحوالة بدينه لا تحمل الوكالة فلم يقبل قول مدعيها وسواء اعترف المحيل بدين المحتال أو قال لادين لك علي لان قوله أحلتك بدينك اعتراف بدينه فلا يقبل جحده بعد ذلك فاما ان لم يقبل بدينك بل قال أحلتك ثم قال ليس لك علي دين وإنما أردت التوكيل بلفظ الحوالة أو قال أردت أن أقول وكلتك فسبق لساني فقلت أحلتك وادعى المحتال أنه حوالة بدينه وإن دينه كان ثابتاً على المحيل فهل هو اعتراف بالدين أولاً ؟ فيه وجهان سبق توجيههما

(فصل) وإن كان لرجل دين على آخر فطالبه به فقال قد أحلت به علي فلانا الغائب وأنكر صاحب الدين فالقول قوله مع يمينه فان كان لمن عليه الدين يئنه بدعواه سمعت يئنه لاسقاط حق المحيل عليه، وإن ادعى رجل أن فلانا الغائب أحلني عليك فأنكر المدعي عليه فالقول قوله فان أقام المدعي يئنه ثبتت في حقه وحق الغائب لان اليئنه يقضى بها على الغائب ولزم الدفع الى المحتال، وإن لم يكن له يئنه فأنكر المدعي عليه فهل يلزمه اليمين؟ فيه وجهان بناء على ما لو اعترف له هل يلزمه الدفع على وجهين (أحدهما) يلزمه الدفع اليه لأنه مقر بدينه عليه ووجوب دفعه اليه فلزمه الدفع اليه كما لو كانت به يئنه (والثاني) لا يلزمه الدفع اليه لانه لا يأمن أنكار المحيل ورجوعه عليه فكان له الاحتياط لنفسه كما لو ادعى أي وكيل فلان في قبض دينه منك فصدقه وقال لا أدفعه اليك فاذا قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزمته اليمين مع الانكار فاذا حلف برىء ولم يكن للمحتال الرجوع على المحيل لاعترافه ببراءته وكذلك ان قلنا لا يلزمه اليمين فليس للمحتال الرجوع على المحيل، ثم ينظر في المحيل فان صدق المدعي في أنه أحاله ثبتت الحوالة لان رضا المحال عليه لا يعتبر وإن أنكر الحوالة حلف وسقط حكم الحوالة فان نكل المحال عليه عن اليمين ففضى عليه بالنكول واستوفى الحق منه ثم إن المحيل صدق المدعي فلا كلام وإن أنكر الحوالة فالقول قوله وله أن يستوفي من المحال عليه لانه معترف له بالحق ويدعي أن المحتال ظلمه ويبقى دين المحتال على المحيل فان أنكر المحيل ان له عليه ديناً فالقول قوله بغير يمين لان المحتال يقر ببراءته منه لاستيفائه من المحال عليه وإن نكل المحيل

في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد اخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما اخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه او يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه، وان صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها (فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لأن الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين، فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وإن أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض أصحاب الشافعي لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء منهما أو من أيهما شاء فأشبهه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق

يعترف به لم يكن للمحتال المطالبة به لانه يقر أنه قد برىء منه بالحوالة والمحيل يصدق المحال عليه في كون المحتال قد ظلمه واستوفى منه بغير حق والمحتال يزعم ان المحيل قد أخذ منه ايضاً بغير حق وانه يجب عليه ان يرد ما أخذه منه اليه فينبغي ان يقبضها المحتال ويسلمها الى المحال عليه أو يأذن للمحيل في دفعها الى المحال عليه وإن صدق المحال عليه المحتال في الحوالة ودفع اليه فأنكر المحيل الحوالة حلف ورجع على المحال عليه، والحكم في الرجوع بما على المحيل من الدين على ما ذكرنا في التي قبلها

(فصل) فان كان عليه الف ضمنه رجل فأحال الضامن صاحب الدين به برئت ذمته وذمة المضمون عنه لان الحوالة كالتسليم ويكون الحكم هنا كالحكم فيما لو قضى عنه الدين على ما ذكرنا فان كان الالف على رجلين على كل واحد منهما خمسمائة وكل واحد كفيل عن الآخر بذلك فأحاله أحدهما بالالف برئت ذمتهما معاً كما لو قضاها وان أحال صاحب الالف رجلاً على أحدهما بعينه بالالف صحت الحوالة لان الدين على كل واحد منهما مستقر، وان أحال عليهما جميعاً ليستوفي منهما أو من أيهما شاء صحت الحوالة ايضاً عند القاضي لانه لا فضل هنا في نوع ولا أجل ولا عدد وإنما هو زيادة استيثاق فلم يمنع ذلك صحة الحوالة كحوالة المعسر على الملي، وقال بعض الشافعية لا تصح الحوالة لان الفضل قد دخلها فان المحتال ارتفق بالتخير بالاستيفاء من أيهما شاء فأشبهه مالو أحاله على رجلين له على كل واحد منهما الف ليستوفي من أيهما شاء والاول أصح، والفرق بين هذه المسئلة وبين ما إذا

بين هذه المسئلة وبين ما اذا أحاله بالفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا فيه ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاها أحدهما الألف فقد قضى جميع الدين وثم اذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر، ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليهما صحت الحوالة بغير اشكال لانه لما كان له أن يستوفي الألف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

﴿مسئلة﴾ ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه أو قال ما أعطيته فهو علي فقد لزمه ما صرح أنه أعطاه

الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقال القاضي هو مشتق من التضمن لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع، اما الكتاب فقول الله تعالى (ولن جاء به حل بهر وانا به زعيم) وقال ابن عباس الزعيم الكفيل : واما السنة فخاروي عن النبي ﷺ انه

أحاله بألفين انه لا فضل بينهما في العدد ههنا وثم تفاضلا ولان الحوالة ههنا بألف معين وثم الحوالة بأحدهما من غير تعيين وانه اذا قضاها أحدهما الألف فقد قضاها جميع الدين وثم إذا قضى أحدهما بقي ما على الآخر ولو لم يكن كل واحد من الرجلين ضامناً عن صاحبه فأحال عليها صحت الحوالة بغير إشكال لانه لما كان له أن يستوفي الألف من واحد كان له أن يستوفي من اثنين كالوكيلين

باب الضمان

وهو ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما، واشتقاقه من الضم وقيل من التضمن لان ذمة الضامن تتضمن الحق، والاصل في جوازه الكتاب والسنة والاجماع . اما الكتاب فقول الله تعالى (ولن جاء به حل بهر وانا به زعيم) والزعيم الكفيل قاله ابن عباس . واما السنة فما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الزعيم غارم » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن، واجمع المسلمون على الضمان في الجملة واختلفوا في فروع تذكر ان شاء الله تعالى، يقال ضمين وكفيل وقيل وحيل وزعيم بمعنى واحد ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له .

(مسئلة) (ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة والموت)

وجملة ذلك أن المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت

قال (الزعيم غارم) رواء ابو داود والترمذي وقال حديث حسن ، وروى البخاري عن سلمة ابن الاكوع ان النبي صلى الله عليه وسلم آتي برجل يصلي عليه فقال «هل عليه دين؟» قالوا نعم ديناران «قال؟ هل ترك لهما وفاء» قالوا : لا ، متأخر ، فقيل لم لا تصل عليه فقال « ماتتعه صلاتي وذمته مرهونة إلا إن قام أحدكم فضمنه » فقام أبو قتادة فقال هما علي يا رسول الله ، فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم وأجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة وإنما اختلفوا في فروع نذكرها إن شاء الله تعالى. إذا ثبت هذا فإنه يقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصير بمعنى واحد، ولا بد في الضمان من ضامن ومضمون عنه ومضمون له ولا بد من رضی الضامن فإن أكره على الضمان لم يصح ولا يعتبر رضا المضمون عنه لأنهم فيه خلافاً لأنه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك إذا ضمن عنه ولا يعتبر رضی المضمون له ، وقال أبو حنيفة ومحمد يعتبر لأنه إثبات مال لا دمي فلم يثبت إلا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء . وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين

ولنا أن أبا قتادة ضمن من غير رضی المضمون له ولا المضمون عنه فأجازاه النبي صلى الله عليه وسلم وكذلك روي عن علي رضي الله عنه : ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولأنه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه .

(فصل) ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن ، وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أو لا ويعرف المضمون له فيؤدي اليه

الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه فعلى هذا لصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة وبعد الموت ، وبهذا قال الثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأبو عبيد وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولأنه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا مع تعذر استيفائه من الاصل كالرهن

ولنا قوله عليه السلام « الزعيم غارم » ولأن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبة كالأصل ولأن الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبة من شاء منهما كالضامين إذا تعذر مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن لأنه مال من عليه الحق وليس بدين ذمة يطالب إنما يطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره، وقال أبو ثور الكفالة والحوالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، وعن أحمد رواية أن الميت يبرأ بمجرد الضمان نص عليه في رواية يوسف بن موسى واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال « هل على صاحبكما من دين؟ » قالوا نعم درهمان فقال « صلوا على صاحبكم » فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال « جزاك الله عن الاسلام خيراً أو فك رهانك كما فككت رهان أخيك » فقيل يا رسول

وذكر وجهاً آخر انه تعتبر معرفة المضمون لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا معاملة بينه وبينه ، ولا صاحب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذه ، ولنا حديث علي وأبي قتادة فانهما ضمنا لمن لم يعرفاه عن لم يعرفاه ولانه تبرع بالتزام مال فلم يعتبر معرفة من يتبرع له به كالنذر

(فصل) وقد دلت مسألة الحرقى على أحكام (منها) صحة ضمان المجهول لقوله ما أعطيته فهو علي ، وهذا مجهول فتى قال أنا ضامن لك مالك على فلان أو ما يقضى به عليه أو ما تقوم به البيئة أو ما يقرب به لك أو ما يخرج في روز ما يجرك صح الضمان . وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر : لا يصح لانه التزام مال فلم يصح بمجهول كالتمن في المبيع .

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لأن حمل البعير يختلف باختلافه ، وعموم قوله عليه السلام «الزعم غارم» ولانه التزام حق في لزمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والقرار ولانه يصح تعليقه بضرر وخطر وهو ضمان المهددة ، واذا قال ألقى متاعك في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح المجهول كالعتق والطلاق (ومنها) صحة ضمان ما لم يجب فان معنى قوله ما أعطيته أي ما تعطيته في المستقبل بدليل أنه عطفه على من ضمن عنه حق بمدوجو به عليه فيدل على أنه غيره ولو كان ما أعطيته في الماضي كان معنى المستثنين سواء أو إحداهما داخلة في الاخرى .

الله هذا لملي خاصة أم للناس عامة ؟ فقال «بل للناس عامة» رواه الدارقطني فدل على أن المضمون عنه بريء بالضامن ولذلك صلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتينا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الملت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران؟» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدة» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الملت منهما؟» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة نائبة برئت الاولى منه كالحال به لان الدين الواحد لا يحل في محلين

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدة» حين أخبره أنه قضى دينه ولانها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة ، فأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلانه بالضمان صار له وفاء وأما كان عليه الصلاة والسلام يتمتع من الصلاة على مدين لم يخلف وفاء ، وأما قوله لملي «فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فكك من ذلك أو ما في معناه ، وقوله «بريء الملت منهما؟» أي صرت أنت المطالب بهما وهذا على وجه التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عنه بدليل قوله حين أخبره بالقضاء «الآن بردت عليه جلدة» وفارق الضمان الحوالة

والخلاف في هذه المسئلة ودليل القولين كالتى قبلها إلا أنهم قالوا الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه فلا يكون ضماناً قلنا قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وإن ماثبت في ذمة مضمونه يثبت في ذمته ، وهذا كاف . وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه ، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

ومنها أن الضمان إذا صح لزوم الضامن أداء ما ضمنه وكان للمضمون له مطالبته ، ولا نعلم في هذا خلافاً وهو فائدة الضمان . وقد دل قول النبي صلى الله عليه وسلم « والزعيم غارم » واشتقاق اللفظ (ومنها) صحة الضمان عن كل من وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً لعموم لفظه فيه ، وهذا قول أكثر أهل العلم . وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت إلا أن يخلف وفاء ، فإن خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لأنه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالبراء . ولأن ذمته قد خربت خراباً لا تعمر بعده فلم يبق فيها دين والضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزامه .

ولنا حديث أبي قتادة وعلي فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء والنبي صلى الله عليه وسلم حضهم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « ألا قام أحدكم فضمنه ؟ » وهذا صريح في المسئلة ولأنه دين ثابت

فإن الضمان مشتق من الضم بين الذمتين في تعلق الحق بهما وثبوتيه فيهما والحوالة من التحول فيقتضي تحول الحق عن مثله إلى ذمة المحال عليه وقولهم إن الدين الواحد لا يحل لمحلين قلنا يجوز تعلقه بمحلين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن . كذلك هذا

(مسئلة) (فإن برئت ذمة المضمون عنه برىء الضامن)

مضى برئت ذمة المضمون بقضاء أو إبراء برئت ذمة الضامن لأننا علم فيه خلافاً لأنه يبيع ولأنه وثيقة

فاذا برىء الاصل زالت الوثيقة كالرهن

(مسئلة) (وإن برىء الضامن أو أقر ببراءته لم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلا يبرأ بإبراء التبع ولأنه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصل كالرهن إذا انفسخ من غير استيفاء وأيهما قضى الحق برئاً جميعاً من المضمون له لأنه حق واحد فإذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذى به رهن ، وإن أحال أحدهما التبريم برئاً جميعاً لأن الحوالة كالقضاء

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر سواء ضمن كل واحد جميعه أو جزأ منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل واحد منهم بأداء أحدهم وإن أبرأ المضمون عنه برىء الجميع لأنهم فروع له وإن أبرأ أحد الضامنين برىء وحده لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالضمون عنه وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يحز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الاصل فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً ولو تكفل بالرجل الواحد اثنان جاز ويجوز أن يكفل كل واحد

فصح ضمانه كما لو خلف وفاء ، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم تبرأ ذمة الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن . وفي هذا انفصال عما ذكرناه (ومنها) صحة الضمان في كل حق أعني من الحقوق المالية الواجبة أو التي تؤول إلى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده لأن هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع ضمانها كالضمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط برد بيع أو مقابلة وهذا كله قال الشافعي

(فصل) فيما يصح ضمانه، يصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمناضلة ، وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يصح ضمانه لأنه لا يؤول إلى اللزوم فلم يصح ضمانه كحل الكتابة ولنا قول الله تعالى (ولن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤول إلى اللزوم إذا عمل العمل وإنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمالدون العمل ، ويصح ضمان أرث الجناية سواء كانت نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الذمة معلومة الأسنان والعدد وحيالة اللون أو غيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون أو صفة فتحصل معلومة وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لم يمنع وجوبه بالاتلاف فلم يمنع وجوبه بالاتزام

من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة يدينه لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء وبرىء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك وإن كفل المكفول به الكفيل لم يحجز لأنه أصل له في الكفالة فلم يحجز أن يصير فرعاً فيما كفل به وإن كفل به في غيره جاز .

(مسئلة) (ولو ضمن ذمي لذمي عن ذمي خمر أسلم المضمون له أو المضمون عنه برىء هو والضامن معاً) لأنه برىء من الخمر الذي ضمن عنه إذ لا يجوز وجوب خمر على مسلم وإذا برىء المضمون عنه برىء الضامن لأنه فرعه ، وإن أسلم المضمون له برىء أيضاً لأنه ليس للمسلم المطالبة بثمن الخمر لكونه لا قيمة له في الإسلام فإن أسلم وحده برىء ولم يبرأ المضمون عنه لأنه أصل فلم يبرأ ببراءة فرعه كما لو أبرأه المضمون له

(مسئلة) (ولا يصح إلا من جائز التصرف)

لا يصح الضمان إلا من يصح تصرفه في ماله رجلاً كان أو امرأة لأنه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع .

(مسئلة) (ولا يصح من صبي ولا مجنون ولا سفيه ولا من عبد بغير إذن سيده وغنه يصح ويتبع به بعد العتق وإن ضمن بأذن سيده صح وهل يتعلق برقبته أو ذمة سيده ؟ على روايتين)

ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلية لان نفقة اليوم واجبة والمستقبلية مآ لها الى الزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب وقال القاضي اذا ضمن نفقة المستقبل لم تلزمه الا نفقة المعسر لان الزيادة على ذلك تسقط بالاعسار وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها . ولنا أنه يصح ضمان ما لم يجب واحتمال عدم وجوب الزيادة لا يمنع صحة ضمانها بدليل الجعل في الجعالة والصداق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار فأما النفقة في الماضي فان كانت واجبة اما بحكم الحاكم بها أو قائما بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا ، ويصح ضمان مال السلم في احدى الروايتين والاخرى لا يصح لانه يؤدي الى استيفاء المسلم فيه من غير المسلم اليه فلم يجز كالحوالة به والاول أصح لانه دين لازم فصيح ضمانه كالاجرة وثن المبيع ، ولا يصح ضمان مال الكتابة في احدى الروايتين وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المسكاتب فصيح ضمانه كسائر الديون عليه ، والاولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآ له الى الزوم فان للمسكاتب تمجيز نفسه والامتناع عن أدائه فاذا لم يلزم الاصيل فالضمين أولى، ويصح ضمان الاعيان المضمونة كالمقصوب والعارية وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد القولين وقال في الآخر لا يصح لان الاعيان غير ثابتة في الذمة وانما يضمن ما ثبت في الذمة ، ووصفنا لها بالضمان انما معناه انه يلزمه قيمتها ان تلفت والقيمة مجهولة ، ولنا انها مضمونة على من هي في يده فصيح ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة وقولهم ان الاعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة انما هو ضمان استنقاذها وردّها والتزام تحصيلها أو قيمتها عند

لا يصح الضمان من مجنون ولا مبرسم ولا صبي غير مميز بغير خلاف لانه ايجاب مال فلم يصح منهم كالنذر والإقرار ، ولا يصح من السفه المحجور عليه وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من أصلنا ان اقراره صحيح يتبع به بعد فك الحجر عنه كذلك ضمانه والاول أولى لانه ايجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء وأما الاقرار فلنا فيه منع وان سلم فالفرق بينهما أن الاقرار اخبار بحق سابق وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه وهو قول الشافعي وخرج أصحابنا صحته على الروايتين في صحة اقراره وتصرفه باذن وليه ، ولا يصح هذا الجمع لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح كال تبرع والنذر بخلاف البيع، وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول أحمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فأشبه ما لو اختلفا في شرط فاسد ، ويحتمل أن القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ وعدم وجوب الحق عليه ، وهذا قول الشافعي، ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط فاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر انهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهما اختلفا في أهلية التصرف ولينس مع من يدعي الأهلية ظاهر يستند اليه فلم ترجح دعواه ، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال

تلقها وهذا مما يصح ضمانه كعهدة المبيع فإن ضمانها يصح وهو في الحقيقة التزام رد الثمن أو عوضه أن ظهر بالمبيع عيب أو خرج مستحقاً، فأما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والحياط فهذه إن ضمنها من غير تعدد فيها لم يصح ضمانها لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذلك على ضامنه وإن ضمنها أن تعدد فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله يدل على صحة الضمان فإنه قال في رواية الأثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع إليه ثيابك وأنا ضامن فقال له هو ضامن لما دفعه إليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا أن تلف بغير تفريط منه ولا فعله لم يلزم الضامن شيء لما ذكرنا وإن تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانها ولزم ضامنه ذلك لأنها مضمونة على من هي في يده فلزم ضامنه كالفصوب والحواري وهذا في الحقيقة ضمان مالم يجب وقد بينا جوازه، ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع، فضمانه على المشتري هو أن يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وإن ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن، وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بميب أو أورش العيب، فضمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما لا آخر حقيقة العهدة الكتاب الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فبغير به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض الشافعية لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجبول وضمان عين وقد بينا جواز الضمان في ذلك كله، ولأن الحاجة تدعو إلى الوثيقة على البائع والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالإجماع لأنه يؤدي إلى أن يبقى أبداً مرهوناً فلم يبق إلا الضمان ولأنه لا يضمن إلا ما كان واجباً حال العقد لأنه إنما يتعلق بالضمان حكم إذا خرج مستحقاً أو معيباً حالاً العقد

جنون فالقول قول المضمون له لأن الأصل عدمه، وأما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجز عنه لأنه من أهل التصرف والحجز عليه في ماله لا في ذمته فهو كمنصرف أراهن فيما عدا الرهن، فأما العبد فلا يصح ضمانه بغير إذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أولاً، وبهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة، ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر فيه على السيد كالاتلاف ولأنه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير إذن السيد كالنكاح وقال أبو ثور إن كان من جهة التجارة جاز وإلا لم يحجز فإن ضمن بأذن سيده صح لأن سيده لو أذن في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته لأنه دين لزمه بفعله فتعلق برقبته كإرضاء جنائته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد. وقد ذكر شيخنا هنا روايتين وكذلك ذكره أبو الخطاب كاستدائته بأذن سيده وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى، فإن أذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من

ومتى كان كذلك فقد ضمن ماوجب حين العقد والجمالة متفقية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه . اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن وبه يده وقال الشافعي انما يصح بعد القبض لانه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبنى على ضمان ما لم يجب اذا كان مفضيا الى الوجوب كالجمالة . وألفاظ ضمان العهدة أن يقول ضمنت عهده أو ثمنه أو دركه أو يقول للمشتري ضمنت خلاصك منه أو يقول متى خرج المبيع مستحقا فقد ضمنت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه قال ضمنت عهده أو ضمنت لك العهدة، والعهدة في الحقيقة هي الصك المكتوب فيه الاتباع هكذا فسر به أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لانه ملكه وليس بصحيح لان العهدة صارت في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والكلام المطلق يحمل على الاسماء العرفية دون اللغوية كالراوية تحمل عند اطلاقها على المزايدة لا على الجمل وان كان هو الموضوع فاما ان ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لانه إذا خرج حراً أو مستحقاً لا يستطيع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص اذا خرج حراً فان ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص وهل يصح في العهدة على وجهين بناء على تفريق الصفة . اذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فقول إن استحقاق رجوع المشتري بالثمن لا يخلو اما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارن له ، فاما الحادث فمثل تلف المبيع من السكيل والموزون في يد البائع أو بغصب من يده أو يتقايلان فان المشتري يرجع على البائع دون الضامن لان هذا الاستحقاق لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد ويحتمل ان يرجع به على الضامن لان ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه . وأما ان كان بسبب مقارن نظرنا فان كان بسبب لا يقرىط من البائع فيه كاخذه بالشفعة فان المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن، ومتى لم يجب على المضمون عنه شيء لم يجب على الضامن بطريق الاولى واما ان زال ملكه عن المبيع بسبب مقارن لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد بعيب قدّم فله الرجوع الى الضامن وهذا ضمان

المال الذي في يده صح ويكون ما في ذمته متعلقا بالمال الذي في يد العبد كتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك هذا الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح

(فصل) ولا يصح ضمان المكاتب بغير اذن سيده كالقن لانه تبرع بالتزام مال أشبه نذر الصدقة بمال معين ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقوائنا في العبد وإن ضمن باذنه ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تقويت الحرية (والثاني) يصح لان الحق لها لا يخرج عنها فأما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو لم يتصل به الموت فهو كالصحيح وان كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه يحسب من ثلته لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً أشبه الهبة، واذا فهمت اشارة الاخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه أشبه الباطن، ولا يثبت الضمان بكتابته

المهدة فان أراد أخذ أرض العيب رجع على الضامن أيضا لانه اذا لزمه كل الثمن لزمه بعضه اذا استحق ذلك على المضمون عنه، وسواء ظهر كل المبيع مستحقا أو بعضه لانه اذا ظهر بعضه مستحقا بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق، وعلى الرواية الاخرى يبطل العقد في الجميع ولكن استحق ردها فان ردها كلها فالحكم كذلك وان أمسك المملوك منها فله المطالبة بالأرض كما لو وجد بها عيباً، ولو باعه عينا أو أقرضه شيئاً بشرط ان يرهن غده عنها فتكفل رجل بتاسيم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم الراهن اقباضه وتسليمه فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصيل وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بنى أو غرس واستحق المبيع رجع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان مالم يجب وقد بينا جواز ذلك

(فصل) فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح، يصح ضمان كل جائز التصرف في ماله سواء كان رجلاً أو امرأة لانه عقد يقصد به المال فصح من المرأة كالبيع، ولا يصح من المجنون والمبرسم ولا من صبي غير مميز بنير خلاف لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منهم كالنذر والاقرار ولا يصح من السفه المحجور عليه ذكره أبو الخطاب وهو قول الشافعي وقال القاضي يصح ويتبع به بعد فك الحجر عنه لان من اصلنا ان اقراره صحيح يتبع به من بعد فك الحجر عنه صح فكذلك ضمانه والاول أولى لانه لإيجاب مال بعقد فلم يصح منه كالبيع والشراء ولا يشبه الاقرار لانه اخبار بحق سابق، وأما الصبي المميز فلا يصح ضمانه في الصحيح من الوجهين وهو قول الشافعي وخرجه أصحابنا على الروايتين في صحة اقراره وتصرفاته باذن وليه، ولا يصح هذا الجمل لان هذا التزام مال لا فائدة له فيه فلم يصح منه كالنذر والنذر بخلاف البيع وان اختلفا في وقت الضمان بعد بلوغه فقال الصبي قبل بلوغه وقال المضمون له بعد البلوغ فقال القاضي قياس قول احمد ان القول قول المضمون له لان معه سلامة العقد فكان القول قوله كما لو اختلفا في شرط فاسد ويحتمل ان القول قول الضامن لان الاصل عدم البلوغ

منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه فديكتب عينا أو تجربة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح ضمانه لانه لا يدري بضمانه وكذلك سائر تصرفاته

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح إلا برضى الضامن ولا يعتبر رضى المضمون له ولا المضمون عنه ولا معرفة الضامن لها)

لا يصح الضمان الا برضى الضامن فان أكره عليه لم يصح لانه التزام مال فلم يصح بغير رضا الملتزم كالنذر ولا يعتبر رضا المضمون له وقال أبو حنيفة ويحمد يعتبر لأنه اثبات مال لا دمي فلم يثبت الا برضاه أو رضا من ينوب عنه كالبيع والشراء وعن أصحاب الشافعي كالمذهبيين ولنا ان أبا قتادة ضمن من غير رضا المضمون له ولا المضمون عنه فأجازته النبي صلى الله عليه وسلم

وعدم وجوب الحق عليه وهذا قول الشافعي ولا يشبه هذا ما اذا اختلفا في شرط قاسد لان المختلفين ثم متفقان على أهلية التصرف والظاهر أنهما لا يتصرفان الا تصرفاً صحيحاً فكان قول مدعي الصحة هو الظاهر وهما اختلفا في أهلية التصرف وليس مع من يدعي الاهلية ظاهر يستند اليه ولا أصل يرجع اليه فلا ترجيح دعواه، والحكم فيمن عرف له حال جنون كالحكم في الصبي وان لم يعرف له حال جنون فالقول قول المضمون له لان الاصل عدمه، فاما المحجور عليه لفلس فيصح ضمانه ويتبع به بعد فك الحجر عنه لانه من أهل التصرف والحجر عليه في ماله لا في ذمته فأشبهه الراهن فصح تصرفه فيها عدا الرهن فهو كما لو اقترض أو أقر أو اشترى في ذمته، ولا يصح ضمان العبد بغير اذن سيده سواء كان مأذوناً له في التجارة أو غير مأذون له وهذا قال ابن أبي ليلى والثوري وأبو حنيفة ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد العتق وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه من أهل التصرف فصح تصرفه بما لا ضرر على السيد فيه كالاقرار بالائلاف، ووجه الاول انه عقد تضمن لإيجاب مال فلم يصح بغير اذن كالكاح وقال أبو ثور ان كان من جهة التجارة جاز وان كان من غير ذلك لم يجز، فان ضمن باذن سيده صح لان سيده لو اذن له في التصرف صح قال القاضي وقياس المذهب تعلق المال برقبته وقال ابن عقيل ظاهر المذهب وقياسه أنه يتعلق بذمة السيد وقال أبو الخطاب هل يتعلق برقبته أو بذمة سيده على روايتين كاستدائه باذن سيده وقد سبق الكلام فيها، فان اذن له سيده في الضمان ليكون القضاء من المال الذي في يده صح ويكون مافي ذمته متعلقاً بالمال الذي في يد العبد كمتعلق حق الجناية برقبة الجاني كما لو قال الحر ضمنت لك الدين على أن تأخذ من مالي هذا صح، وأما المكاتب فلا يصح ضمانه بغير اذن سيده كالعبد الفل لانه تبرع بالتزام مال فأشبهه نذر الصدقة بغير مال ويحتمل أن يصح ويتبع به بعد عتقه كقولنا في العبد، وإن ضمن باذنه ففيه (وجهان) أحدهما لا يصح أيضاً لانه ربما أدى الى تفويت الحرية (والثاني) لا يصح لان الحق لهما لا يخرج عنها، فاما المريض فان كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فخكه حكم الصحيح وان كان مرض الموت المخوف فخكه ضمانه حكم تبرعه بحسب

ولانها وثيقة لا يعتبر فيها قبض فأشبهت الشهادة ولانه ضمان دين فأشبه ضمان بعض الورثة دين الميت للغائب وقد سلموه، ولا يعتبر رضى المضمون عنه لانعلم فيه خلافاً لانه لو قضى الدين عنه بغير اذنه ورضاه صح فكذلك اذا ضمن عنه وقد دل عليه حديث أبي قتادة، ولا يعتبر أن يعرفهما الضامن وقال القاضي يعتبر معرفتهما ليعلم هل المضمون عنه أهل لاصطناع المعروف اليه أولا. ويعرف المضمون له فيؤدي اليه وذكر وجهاً آخر أنه يعتبر معرفة المضمون له لذلك ولا تعتبر معرفة المضمون عنه لانه لا ماملة بينه وبينه ولاصحاب الشافعي ثلاثة أوجه نحو هذا

ولنا حديث علي وأبي قتادة فأنهما ضمنا لمن لم يعرفا وعمن لم يعرفا ولانه تبرع بالتزام مال فلم تعتبر معرفة من تبرع له به كالنذر

من ثلثه لانه تبرع بالتزام مال لا يلزمه ولم يأخذ عنه عوضاً فأشبه الهبة، وإذا فهمت اشارة الأخرس صح ضمانه لانه يصح بيعه واقراره وتبرعه فصح ضمانه كالناطق ولا يثبت الضمان بكتابة منفردة عن اشارة يفهم بها أنه قصد الضمان لانه قد يكتب عبثاً أو تجرئة قلم فلم يثبت الضمان به مع الاحتمال ومن لا تفهم اشارته لا يصح منه الضمان لانه لا يدري بضمانه ولانه لا يصح سائر تصرفاته فكذلك ضمانه

(فصل) اذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن وبهذا قال الشافعي قال احمد في رجل ضمن ماعلى فلان أن يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أنارقنك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل فخره الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «كم تستنظره؟» قال: شهراً قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنا أحمل فجاه في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم فقال له النبي صلى الله عليه وسلم «من أين أصت هذا؟» قال من معدن «قال لا خير فيها» وقضاها عنه رواه ابن ماجه في سننه ولانه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف يتأجل على الضامن أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته اذا كان بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل اذا ثبت هذا وكان الدين مؤجلاً الى شهر فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهرين فان قضاها قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية التي تقول انه اذا قضى دينه بغير اذن رجع به لان أكثر ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك وان كان الدين مؤجلاً لا فضمنه حالاً لم يصح حالاً ولا يلزمه اذاؤه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ولا أن

(مسئلة) (ولا يعتبر كون الحق معلوماً ولا واجباً اذا كان ماله الى الوجوب فلو قال ضمنت لك ماعلى فلان أو ما تدائنه به صح)

يصح ضمان المجهول فتي قال أنا ضامن لك ماعلى فلان أو ما تقوم به البينة أو ما يقر به لك أو ما يخرج في روزمانجك صح الضمان، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك وقال الثوري والليث وابن أبي ليلى والشافعي وابن المنذر لا يصح لانه التزام ماله فلم يصح مجهولاً كالثلث.

ولنا قول الله تعالى (ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) وحمل البعير غير معلوم لان حمل البعير يختلف باختلافه وعموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ولانه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار ولانه يصح تعليقه بفرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال الق متاعك

المضمون عنه لو ألزم نفسه تمجيل هذا الدين لم يلزمه تمجيله فبأن لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم مالا يلزم المضمون عنه، فعلى هذا إن قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لأن ضمانه لم ينبره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بمض ما يجب على المضمون عنه فصح كالأمر كان الدين عشرة فضمن خمسة وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون فأشبهه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وقيل بمقتضى أن يصح ضمان الدين المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً لاحداهما على الأخرى وقد فرقنا بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى (فصل) واذا ضمن ديننا مؤجلا عن إنسان فمات أحدهما اما الضامن واما المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين تقدم ذكرهما فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص يموت غيره فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتمجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى بغير إذن من هو عليه، وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم الدين من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة به قبل أجله وهذا مذهب الشافعي، وحكي عن زفر أن لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته، ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو يمت وقوله أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهته فهو كما لو قضى قبل الاجل

(مسئلة) قال (ولا يبرأ المضمون عنه الا بأداء الضامن)

يعني ان المضمون عنه لا يبرأ بنفس الضمان كما يبرأ المحيل بنفس الحوالة قبل القبض بل يثبت الحق في ذمة الضامن مع بقاءه في ذمة المضمون عنه ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما في الحياة

في البحر وعلي ضمانه أو قال ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلي ضمانها فصح في المحمول كالتعلق والطلاق (فصل) ويصح ضمان ما لم يجب فلو قال ما أعطيت فلانا فهو علي صح، والخلاف في هذه المسئلة كالتى قبلها ودليل القولين ما ذكرنا، وقد قال في هذه المسئلة الضمان ضم ذمة الى ذمة في التزام الدين فاذا لم يكن على المضمون عنه شيء لم يوجد ضم ولا يكون ضامنا قلنا: قد ضم ذمته الى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وان ما يثبت مضمونه يثبت في ذمته وهذا كاف وقد سهلوا ضمان ما يليقه في البحر قبل وجوبه بقوله التمتعك في البحر وعلي ضمانه وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجبل في الجمالة قبل العمل وما وجب شيء بعد

(مسئلة) (ويصح ضمان دين الضامن)

نحو أن يضمن الضامن ضامن آخر لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون ويثبت (المغني والشرح الكبير) (١١) (الجزء الخامس)

وبعد الموت وهذا قال الثوري والشافعي واسحاق وأبو عبيد وأصحاب الرأي، وقال أبو ثور الكفالة والحالة سواء وكلاهما ينقل الحق عن ذمة المضمون عنه والمحيل وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى وابن شبرمة وداود، واحتجوا بما روى أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في جنازة فلما وضعت قال «هل على صاحبكم من دين؟» قالوا نعم درهمان فقال «صلوا على صاحبكم» فقال علي هما علي يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فصلى عليه ثم أقبل على علي فقال «جزاك الله خيراً عن الاسلام وفك رهانك كما فككت رهان أخيك» فقيل يا رسول الله هذا لعلي خاصة أم للناس عامة؟ فقال «لناس عامة» رواه الدارقطني فدل على ان المضمون عنه بريء بالضمان، وروى الامام أحمد في المسند عن جابر قال توفي صاحب لنا فأتيانا به النبي صلى الله عليه وسلم ليصلي عليه فخطا خطوة ثم قال «أعليه دين؟» قلنا ديناران فانصرف، فتحملها أبو قتادة فقال الديناران علي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «وجب حق الغريم وبريء الميت منهما؟» قال نعم فصلى عليه ثم قال بعد ذلك «ما فعل الديناران» قال إنما مات أمس قال فعاد اليه من الغد فقال قد قضيتهما فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الآن بردت جلدة» وهذا صريح في براءة المضمون عنه لقوله «وبريء الميت منهما» ولانه دين واحد فاذا صار في ذمة ثانية برئت الاولى منه كالحال به وذلك لان الدين الواحد لا يحل في محلين. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه» وقوله في خبر أبي قتادة «الآن بردت جلدة» حين أخبره أنه قضى دينه ولائها وثيقة فلا تنقل الحق كالشهادة، وأما صلاة النبي صلى الله عليه وسلم على المضمون عنه فلا بالضمان صار له وقا وأما كان النبي صلى الله عليه وسلم يمتنع من الصلاة على مدين لم يخلف وقا، وأما قوله «لعلي فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك» فانه كان بحال لا يصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم فلما ضمنه فك من ذلك أو مما في معناه، وقوله «بريء الميت منهما» صرت أنت المطالب بهما وهذا على سبيل التأكيد لثبوت الحق في ذمته ووجوب الاداء عليه بدليل قوله في سياق الحديث حين أخبره بالقضاء «الآن بردت

الحق في ذم الثلاثه أيهم قضا برئت ذمم كلها لانه حق واحد فاذا قضى مرة سقط فلم يجب مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه بريء الضامنان لأنهما فرع وان أبريء الضامن الاول بريء الضامنان لذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم وان أبريء الضامن الثاني بريء وحده، وفي حصلت براءة الذمة بالابراء فلا رجوع فيها لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم والكفالة كالضمان في هذا المعنى.

(فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لأن الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانياً ولانه اصل في الدين فلا يجوز أن يصير فرعاً فيه فان ضمن عنه ديناً آخر أو تكفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرنا (مسئلة) (ويصح ضمان دين الميت المفلس وغيره ولا تبرأ ذمته قبل القضاء في أصح الروايتين)

عليه جلده» ويفارق الضمان الحوالة فان انضمان مشتق من الضم فيقتضي الضم بين الدئتين في تعلق الحق بهما وثبوتيه فيهما والحوالة من التحول فتقتضي تحول الحق من محله الى ذمة المحال عليه ، وقولهم ان الدين الواحد لا يحل في محلين قلنا يجوز تعلقه بمحليين على سبيل الاستيثاق كتعلق دين الرهن به وبذمة الراهن وقال أبو بكر عبد العزيز أما الحلي فلا يبرأ بمجرد الضمان رواية واحدة وأما الميت ففي براءته بمجرد الضمان روايتان (أحدهما) يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لما ذكرنا من الخبرين ولان فائدة الضمان في حقه تبرئة ذمته فينبغي أن تحصل هذه الفائدة بمجرد الضمان بخلاف الحلي فان المقصود من الضمان في حقه الاستيثاق وثبوتيه في الدئتين أكد في الاستيثاق بالحق (والثانية) لا يبرأ إلا بالأداء لما ذكرناه ولانه ضمان فلا يبرأ به المضمون عنه كالحلي

(فصل) ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما وحكي عن مالك في إحدى الروايتين عنه أنه لا يطالب الضامن الا اذا تذر مطالبة المضمون عنه لانه وثيقة فلا يستوفي الحق منها الا عند تذر استيفائه من الاصل كالرهن ولنا أن الحق ثابت في ذمة الضامن فملك مطالبته كالاصيل ولان الحق ثابت في ذمتها فملك مطالبته من شاء منهما كالضامنين اذا تذر مطالبة المضمون عنه ولا يشبه الرهن ، لانه مال من عليه الحق وليس بذى ذمة يطالب أماً يطالب من عليه الدين ليقضى منه أو من غيره

(فصل) وان أبرأ صاحب الدين المضمون عنه برئت ذمة الضامن لا نعلم فيه خلافا لانه تبع ولانه وثيقة فاذا برى الاصل زالت الوثيقة كالرهن وان أبرأ الضامن لم تبرأ ذمة المضمون عنه لانه اصل فلا يبرأ ببراء التبع ولانه وثيقة انحلت من غير استيفاء الدين منها فلم تبرأ ذمة الاصيل كالرهن اذا انفسخ من غير استيفائه وأيهما قضى الحق برثا جميعا من المضمون له لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زان تعلقه بهما كما لو استوفي الحق الذي به رهن، وان أحال التريم برثا جميعاً لانه حق واحد فاذا استوفي مرة زال تعلقه بهما كما لو استوفي دين الرهن، وان أحال أحدهما التريم برثا جميعا لان الحوالة كالتقضاء (فصل) وان ضمن الضامن ضامن آخر صح لانه دين لازم في ذمته فصح ضمانه كسائر الديون

يصح الضمان عن كل غريم وجب عليه حق حياً كان أو ميتاً مليئاً أو مفلساً وبه قال أكثر العلماء ، وقال أبو حنيفة لا يصح ضمان دين الميت الا ان يخلف وفاء فان خلف بعض الوفاء صح ضمانه بقدر ما خلف لانه دين ساقط فلم يصح ضمانه كما لو سقط بالابراء ولان ذمته قد خربت خراباً لا يعمر بعده فلم يبق فيه دين والضمان ضم ذمة الى ذمة .

ولنا حديث أبي قتادة فانهما ضمنا دين ميت لم يخلف وفاء وقد حضهم النبي صلى الله عليه وسلم على ضمانه في حديث أبي قتادة بقوله « الا قام أحدكم فضمنه » وهذا صريح في المسألة ولانه دين ثابت فصح ضمانه كما لو خلف وفاء . ودليل ثبوتيه أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الحق اقتضاؤه ولو ضمنه حياً ثم مات لم يبرأ منه الضامن ولو برئت ذمة المضمون عنه برئت ذمة الضامن وفي هذا انفصال عما ذكرناه . اذا ثبت صحة ضمان دين الميت فان ذمته لا تبرأ من الدين قبل القضاء في إحدى

ويثبت الحق في ذم ثلاثة أيهم قضاء برئت ذمتهم كلها لانه حق واحد فاذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى، وان أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامنان لانها فرع، وان أبرأ الضامن الاول برىء الضامنان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم، وان أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ومتى حصلت براءة الذمة بالابراء فلا يرجع فيها بحال لان الرجوع مع الغرم وليس في الابراء غرم. والكفالة كالضمان في هذا المعنى جميعه وتزيد بانه اذا مات المكفول عنه برىء كفيله وان مات الكفيل الاول برىء الثاني دون المكفول عنه لان الوثيقة انحلت من غير استيفاء فأشبه الرهن وان مات الكفيل الثاني برىء وحده (فصل) وان ضمن المضمون عنه الضامن أو تكفل المكفول عنه الكفيل لم يصح لان الضمان يقتضي الزامه الحق في ذمته والحق لازم له فلا يتصور الزامه ثانيا ولانه أصل في هذا الدين فلا يجوز أن يصير فرعا فيه، وان ضمن عنه ديناً آخر أو كفل به في حق آخر جاز لعدم ما ذكرناه فيه

الروايتين لقول النبي صلى الله عليه وسلم « نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى عنه » ولان النبي صلى الله عليه وسلم سأل أبا قتادة عن الدينارين الذين ضمنهما فقال قد قضيتهما فقال « الآن بردت جلدته » رواه الامام أحمد ولانه وثيقة بدين فلم يسقط قبل القضاء كالرهن وكالشفادة والثانية يبرأ بمجرد الضمان نص عليه أحمد في رواية يوسف بن موسى لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة « وبرىء الميت منهما » قال نعم وقد ذكرنا ذلك

(فصل) ويصح الضمان في جميع الحقوق المالية الواجبة والتي تؤول الى الوجوب كضمن المبيع في مدة الخيار وبعده والاحرة والمهر قبل الدخول وبعده ولان هذه الحقوق لازمة وجواز سقوطها لا يمنع صحة ضمانها كالثمن في المبيع بعد انقضاء الخيار يجوز أن يسقط بالردي المبيع وبالمقايلة وهذا مذهب الشافعي (مسئلة) (ويصح ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري وعن المشتري للبائع) فزمانه على المشتري هو ان يضمن الثمن الواجب بالمبيع قبل تسليمه، وان ظهر فيه عيب أو استحق رجوع بذلك على الضامن وضمانه عن البائع للمشتري هو أن يضمن عن البائع الثمن متى خرج المبيع مستحقاً أو رد بعيب أو أرش العيب، فزمان العهدة في الموضعين هو ضمان الثمن أو جزء منه عن أحدهما للآخر، والعهدة الكتاب الذي تكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه الثمن فعبّر به عن الثمن الذي يضمنه، ومن أجاز ضمان العهدة في الجملة أبو حنيفة ومالك والشافعي ومنع منه بعض أصحابه لكونه ضمان ما لم يجب وضمان مجهول وضمان عين وقد ثبت جواز الضمان في ذلك كله ولان الحاجة تدعو الى الوثيقة على البائع، والوثائق ثلاثة الشهادة والرهن والضمان، فأما الشهادة فلا يستوفي منها الحق وأما الرهن فلا يجوز في ذلك بالاجماع لانه يؤدي الى أن يبقى أبدا مرهونا فلم يبق الا الضمان ولانه لا يضمن الا ما كان واجبا حال المقد ومتى كان كذلك فقد ضمن ما وجب حين العقد والجملة متفية لانه ضمن الجملة فاذا خرج بعضه مستحقا لزمه بعض ما ضمنه، اذا ثبت هذا فانه يصح ضمان العهدة عن البائع للمشتري قبل قبض الثمن

(فصل) ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءاً منه فإن ضمن كل واحد منهم جميعه بريء كل واحد منهم بإداء أحدهم، وإن أبرأ المضمون عنه بريء الجميع لأنهم فروع له، وإن أبري أحد الضمان بريء وحده ولم يبرأ غيره لأنهم غير فروع له فلم يبرؤا ببراءته كالمضمون عنه، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يحز لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي فلا يجوز أن يثبت ثانياً ولأنه أصل فيه بالضمان فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً، ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه لأن الكفالة بيدته لا بما في ذمته وأي الكفيلين أحضر المكفول به بريء وبري صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ولم يبرأ من إحضار المكفول به لأنه أصل في ذلك، وإن كفل المكفول الكفيل لم يحز لأنه أصل له في الكفالة لم يحز أن يصير فرعاً له فيها كفل به وإن كفل به في غير هذا الحق جاز لأنه ليس بفرع له في ذلك

وبعده . وقال الشافعي إنما يصح بعد القبض لأنه قبل القبض لو خرج مستحقاً لم يجب على البائع شيء وهذا ينبغي على ضمان ما لم يجب إذا كان مفضياً إلى الوجوب كالجماعة وسند كرها، وألفاظ ضمان عهدة المبيع قوله ضمننت عهده أو نمته أو دركه أو يقول للمشتري ضمننت خلاصك منه أو متى خرج المبيع مستحقاً فقد ضمننت لك الثمن وحكي عن أبي يوسف أنه إذا قال ضمننت عهده أو ضمننت لك العهدة لم يصح لأن العهدة الصك بالابتاع كذا فسرهم أهل اللغة فلا يصح ضمانه للمشتري لأنه ملكه وليس بصحيح لأن العهدة في العرف عبارة عن الدرك وضمان الثمن والمطلق يحمل على الاسماء العرفية كالراوية تحمل عند إطلاقها على الزادة لأعلى الجمل وإن كان الموضوع لغة . فأما إن ضمن له خلاص المبيع فقال أبو بكر هو باطل لأنه إذا خرج حراً أو مستحقاً لم يستطع تخليصه ولا يحل وقد قال أحمد في رجل باع عبداً أو أمة وضمن له الخلاص فقال كيف يستطيع الخلاص إذا خرج حراً فإن ضمن عهدة المبيع وخلاصه بطل في الخلاص، وتنبني صحته في العهدة على تفريق الصفقة . إذا ثبت صحة ضمان العهدة فالكلام فيما يلزم الضامن فنقول استحقاق رجوع المشتري بالثمن إما أن يكون بسبب حادث بعد العقد أو مقارنة له فأما الحادث فمثل تلف المكيل والموزون في يد البائع أو بنصب من يده أو بتقاييلان فإن المشتري يرجع على البائع دون الضامن لأن هذا لم يكن موجوداً حال العقد وإنما ضمن الاستحقاق الموجود حال العقد، ويحتمل أن يرجع به على الضامن لأن ضمان ما لم يجب جائز وهذا منه، وأما إن كان بسبب مقارنة نظرنا فإن كان بسبب لا تفريط من البائع فيه كأخذه بالشفعة فإن المشتري يأخذ الثمن من الشفيع ولا يرجع على البائع ولا الضامن ومتى لم يجب على المضمون عنه لم يجب على الضامن بطريق الأولى . فأما إن كان زوال ملكه عن المبيع بسبب مقارنة لتفريط من البائع باستحقاق أو حرية أو رد ببيع قديم فله الرجوع على الضامن وهذا ضمان العهدة، وإن أراد أخذ أرش العيب رجع على الضامن أيضاً لأنه إذا لزمه كل الثمن لزمه بمضيه إذا استحق ذلك على المضمون عنه وسواء ظهر

﴿مسئلة﴾ قال (فتي أدنى رجوع عليه سواء قال له اضمن عني أو لم يقل)

يعني إذا أدى الدين محتسباً بالرجوع على المضمون عنه فأما ان قضى الدين متبرعاً به غير ناو للرجوع به فلا يرجع بشيء لانه يتطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن بأمره أو بغير أمره ، فأما اذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يضمن بأمر المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال له اضمن عني أو أد عني أو اطلق وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال أبو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه . وان قال انقد هذا لم يرجع الا أن يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق وإذا أطلق ذلك صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع عليه ، واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمر مخالطه بالنقد عنه

كل المبيع مستحقاً أو بعضه لأنه إذا ظهر بعضه مستحقاً بطل العقد في الجميع في احدى الروايتين فمقد خرجت العين كلها من يده بسبب الاستحقاق ، وعلى الرواية الاخرى يبطل في البعض المستحق وله رد الجميع فان ردها فهو كما لو استحققت كلها وان أمسك بعضها فله المطالبة بالارش كما لو وجدها معيبة، ولو باعه عيناً أو أقرضه بشرط أن يرهن عنده عيناً عنها فتكفل رجل بتسليم الرهن لم تصح الكفالة لانه لا يلزم البائث فلا يلزم الكفيل مالا يلزم الاصل ، وان ضمن للمشتري قيمة ما يحدث في المبيع من بناء أو غراس صح سواء ضمنه البائع أو أجنبي فاذا بئى أو غرس فاستحق المبيع رجوع المشتري على الضامن بقيمة ما تلف أو نقص وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لانه ضمان مجهول وضمان ما لم يجب وقد ينأ جوازه

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان دين الكتابة في أصح الروايتين)

وهو قول الشافعي وأكثر أهل العلم والاخرى يصح لانه دين على المكاتب فصح ضمانه كسائر ديونه والأولى أصح لانه ليس بلازم ولا مآله الى الزوم لان للمكاتب تمجيز نفسه والامتناع من الاداء فاذا لم يلزم الاصل فالضامن أولى

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح ضمان الامانات كالوديعة ونحوها الا أن يضمن التعدي فيها)

أما الامانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين المدفوعة الى الحياط والقصار فان ضمنها من غير تعد فيها لم يصح لانها غير مضمونة على صاحب اليد فكذلك على ضامنه وان ضمن التعدي فيها فظاهر كلام أحمد رحمه الله تعالى صحة ضمانها فانه قال في رواية الاثرم في رجل يتقبل من الناس الثياب فقال له رجل ادفع اليه ثيابك وأنا ضامن فقال هو ضامن لما دفعه اليه يعني إذا تعدى أو تلف بفعله، فعلى هذا ان تلف بغير فعله ولا تفريط منه فلا شيء على الضامن وان تلف بفعله أو تفريط لزمه ضمانه ولزم ضامنه أيضاً لانها مضمونة على من هي في يده فهي كالنصوب والعواري وهذا في الحقيقة ضمان ما لم يجب وقد ذكرناه

ولنا أنه ضمن ودفع بأمره فأشبه إذا كان مخالطاً له أو قال ضمن عني ، وما ذكرناه ليس بصحيح لأنه إذا أمره بالضمان لا يكون إلا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف إلى ماضيه بدليل المخالط له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به .

(الحال الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع به لأنه دفع بغير أمره أشبه ما لو تبرع به . الثالث أنه إن تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع ما عليه رجع والا فلا لأنه تبرع بالدفع

ولنا أنه إذا أذن في الضمان تضمن ذلك أذنه في الأداء لأن الضمان يوجب عليه الأداء فرجع عليه كما لو أذن في الأداء صريحاً (الحال الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضاً وظاهر

(مسئلة) فأما الأعيان المضمونة كالنصوب والمواري والمقبوض على وجه السوم فيصح ضمانها وبه قال أبو حنيفة والشافعي في أحد قوليه ، وقال في الآخر لا يصح لأن الأعيان غير ثابتة في الذمة فأنما يضمن ما يثبت في الذمة ووصفنا لما بالضمان أنما معناه أنه يلزم قيمتها عند التلف والقيمة مجهولة ولنا أنها مضمونة على من هي في يده فصحت ضمانها كالحقوق الثابتة في الذمة ، قولهم إن الأعيان لا تثبت في الذمة قلنا الضمان في الحقيقة إنما هو ضمان استنقاذها وردّها وإلزام تحصيلها أو قيمتها عند تلفها وهذا مما يصح ضمانه كهدية المبيع فإنه يصح وهي في الحقيقة إلزام رد الثمن أو عوضه إن ظهر بالمبيع عيب أو استحق .

(فصل) ويصح ضمان الجمل في الجمالة وفي المسابقة والمناضلة وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمانه في أحد الوجهين لأنه لا يؤوّل إلى اللزوم أشبه مال السكتاية

ولما قول الله تعالى (وإن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم) ولأنه يؤوّل إلى اللزوم إذا عمل العمل وأنما الذي لا يلزم العمل والمال يلزم بوجوده والضمان للمال دون العمل ، ويصح ضمان أرض الجنابة سواء كان نقوداً كقيم المتلفات أو حيواناً كالديار وقال أصحاب الشافعي لا يصح ضمان الحيوان الواجب فيها لأنه مجهول وقد مضى الدليل على صحة ضمان المجهول ولأن الأبل الواجبة في الدية معلومة الأسنان والعدد وجهالة اللون وغيره من الصفات الباقية لا تضر لأنه إنما يلزمه أدنى لون وصفة فيحصل معلومه وكذلك غيرها من الحيوان ولأن جهل ذلك لا يمنع وجوبه باتلاف فلم يمنع وجوبه بالالتزام ويصح ضمان نفقة الزوجة سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة لأن نفقة اليوم واجبة والمستقبلة ما لها إلى اللزوم ويلزمه ما يلزم الزوج في قياس المذهب ، وقال القاضي : إذا ضمن نفقة المستقبل لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزيادة على ذلك تسقط بالأعسار ، وهذا مذهب الشافعي على القول الذي قال فيه يصح ضمانها .

ولنا أنه يصح ضمان الجمالة والصدّاق قبل الدخول والمبيع في مدة الخيار . فأما النفقة في الماضي

مذهب الشافعي أنه لا يرجع لأن أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامناً أو كما لو ضمن بأمره وقولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا الواجب بضمانه انما هو أداء دينه وليس هو شيئاً آخر فمتى أداء عنه باذنه لزمه اعطاؤه بدله (الحال الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدهما) يرجع بما أدى وهو قول مالك وعبد الله بن الحسن واسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه ولم يصل عليه النبي ﷺ ولانه تبرع بذلك أشبهه مالهو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاول أنه قضاء مبرى من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضا عنه عند اتناعه فأما علي وأبو قتادة فانهما تبرعا بالقضاء والضمان فانهما قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه ﷺ مع علمهما بانه لم يترك وفاة والمتبرع لا يرجع بشيء وانما الخلاف في المحتسب بالرجوع

فان كانت واجبة بحكم حاكم أو قلنا بوجوبها بدون حكمه صح ضمانها والا فلا وفي صحة ضمان السلم اختلاف نذكره في بابه .

(مسئلة) (وان قضى الضامن الدين متبرعاً لم يرجع بشيء لانه تطوع بذلك أشبه الصدقة وسواء ضمن باذنه أو بغير إذنه

(مسئلة) (وان نوى الرجوع وكان الضمان والقضاء بغير اذن المضمون عنه فهل يرجع؟ علي روايتين وإن أذن له في أحدهما فله الرجوع بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين) وجملة ذلك أن الضامن متى أدى الدين بنية الرجوع لم يخل من أربعة أقسام (أحدها) أن يضمن باذن المضمون عنه ويؤدي بأمره فانه يرجع عليه سواء قال اضمن عني وأد عني أو أطلق، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف، وقال ابو حنيفة ومحمد ان قال اضمن عني وانقد عني رجع عليه وان قال انقد هذا لم يرجع الا ان يكون مخالطاً له يستقرض منه ويودع عنده لان قوله اضمن عني وانقد عني اقرار منه بالحق واذا أطلق صار كأنه قال هب لهذا أو تطوع واذا كان مخالطاً له رجع استحساناً لانه قد يأمره بخالطه بالنقد عنه.

ولنا انه ضمن ودفع بأمره فأشبه ما لو كان مخالطاً له أو قال اضمن عني وما ذكره ليس بصحيح لانه اذا أمره بالضمان لا يكون الا لما هو عليه وأمره بالنقد بعد ذلك ينصرف الى ما ضمنه بدليل المخالطة له فيجب عليه أداء ما أدى عنه كما لو صرح به

(الثاني) ضمن بأمره وقضى بغير أمره فله الرجوع أيضاً وبه قال مالك والشافعي في أحد الوجوه عنه ، والوجه الثاني لا يرجع لانه دفع بغير أمره أشبه مالهو تبرع، الوجه الثالث أنه ان تعذر الرجوع على المضمون عنه فدفع مالهو رجوع وإلا فلا لانه تبرع بالدفع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع بادائه وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء وإن دفع عن الدين عرضا رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لذلك فان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع به قبل أجله لانه لا يجب له أكثر مما كان للغريم فان حاله كانت الحوالة بمنزلة تقيضه ويرجع بالاقل مما أحال به أو قدر الدين سواء قبض الغريم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لان نفس الحوالة كالقباض

(فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ماعليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع، وله الرجوع بها على الذي ضمن عنه ولم

ولنا أنه اذا أذن في الضمان تضمن ذلك اذنه في الاداء لان الضمان يوجب عليه الاداء فرجع عليه كما لو أذن في الاداء صريحا (الثالث) ضمن بغير أمره وقضى بأمره فله الرجوع أيضا وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرجع لان أمره بالقضاء انصرف الى ما وجب بضمانه

ولنا أنه أدى دينه بأمره فرجع عليه كما لو لم يكن ضامنا أو كما لو ضمن بأمره، قولهم ان اذنه في القضاء انصرف الى ما وجب بضمانه قلنا والواجب بضمانه إنما هو اداء دينه وليس هو شيئا آخر فتي أداء عنه باذنه لزمه إعطاؤه بدله (الرابع) ضمن بغير أمره وقضى بغير أمره ففيه روايتان (أحدهما) يرجع وهو قول مالك وعبيد الله بن الحسن وإسحاق (والثانية) لا يرجع بشيء وهو قول أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر بدليل حديث علي وأبي قتادة فانها لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما فكانت ذمة الميت مشغولة بدينها كاشتغالها بدين المضمون له ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم لانه تبرع بذلك أشبه ماله علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره . ووجه الاولى أنه قضاء مبريء من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه كالحاكم إذا قضى عنه عند امتناعه ، قلنا علي وأبو قتادة فانها تبرعا بالقضاء والضمان فانها قضيا دينه قصداً لتبرئة ذمته ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم مع علمهما انه لم يترك وفاءه والمتبرع لا يرجع بشيء وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع

(فصل) ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الامرين مما قضى أو قدر الدين لانه ان كان الاقل الدين فالزائد لم يكن واجبا فهو متبرع به وان كان المقضي أقل فانما يرجع بما غرم ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء فان دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الامرين من قيمته أو قدر الدين لما ذكرنا (فصل) ولو كان على رجلين مائة على كل واحد منهما نصفها وكل واحد ضامن عن صاحبه ما عليه فضمن آخر عن أحدهما المائة بأمره وقضاها سقط الحق عن الجميع وله الرجوع على الذي ضمن عنه ولم يكن له أن يرجع على الآخر بشيء في إحدى الروايتين لانه لم يقضي عنه ولا اذن له في القضاء

يكن له ان يرجع على الآخر بشيء في احدى الروايتين لانه لم يضمن عنه ولا اذن له في القضاء فاذا رجع على الذي ضمن عنه رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه وقضاها ضامنه . والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها عليه كالأصل

(فصل) اذا ضمن عن رجل باذنه فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه وفيه وجه آخر ان له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريقها كما لو استعار عبداً فبرهنه كان للسيد مطالبة به بفسكاكه وتفريقه من الرهن والاول اولى ، ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده

فاذا رجع على الذي ضمن رجع على الآخر بنصفها ان كان ضمن عنه باذنه لانه ضمنها عنه باذنه ونضاهها ضامنه ، والرواية الثانية له الرجوع على الآخر بالمائة لانها وجبت له على من اداها عنه فملك الرجوع بها كالأصل

(فصل) واذا ضمن عن رجل بأمره فطوب الضامن فله مطالبة المضمون عنه بتخليصه لانه لزمه الاّداء عنه بأمره فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته وان لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه لانه لما لم يكن له الرجوع بالدين قبل غرامته لم تكن له المطالبة قبل طلبه منه وفيه وجه آخر أن له المطالبة لانه شغل ذمته باذنه فكانت له المطالبة بتفريقها كما لو استعار عبداً فبرهنه كان لسيد مطالبة به بفسكاكه وتفريقه من الرهن والاول اولى . ويفارق الضمان العارية لان السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منفعه فاما ان ضمن عنه بغير اذنه لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لا حق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبهه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) وان ضمن الضامن آخر فقضى أحدهما الدين يرى الجميع فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن الثاني وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد اذن لصاحبه فان لم يكن اذن له ففي الرجوع روايتان ، وان اذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه أو اذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من اذن له ولم يرجع على الآخر على احدى الروايتين فان اذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه انما يرجع على من اذن له دون غيره

المستعار فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منافعها ، فأما ان ضمن عنه بغير أمره لم يملك مطالبة المضمون عنه قبل الاداء بحال لانه لاحق له يطالب به ولا شغل ذمته بأمره فأشبه الاجنبي ، وقيل ان هذا ينبغي على الروايتين في رجوعه على المضمون عنه بما أدى عنه فان قلنا لا يرجع فلا مطالبة له بحال وان قلنا يرجع فحكمه حكم من ضمن عنه بأمره على ما مضى تفصيله (فصل) فان ضمن الضامن ضامن آخر فقضى أحدهم الدين برثوا جميعا فان قضاء المضمون عنه لم يرجع على أحد وان قضاء الضامن الاول رجع على المضمون عنه دون الضامن عنه وان قضاء الثاني رجع على الاول ثم رجع الاول على المضمون عنه اذا كان كل واحد منهما قد أذن لضامنه ، فان لم يكن إذن له ففي الرجوع روايتان ، وان أذن الاول للثاني ولم يأذن المضمون عنه او أذن المضمون عنه لضامنه ولم يأذن الضامن لضامنه رجع المأذون له على من أذن له ولم يرجع الآخر على احدي الروايتين ، فان أذن المضمون عنه للضامن الثاني في الضمان ولم يأذن له الضامن الاول رجع على

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منها نصفه وكل واحد منها ضامن عن صاحبه فابرا الغريم أحدهما من الالف برىء منه وبرىء صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيينة عن الاصل أو الضمان انصرف اليه وان أطلق احتمال ان له صرفها الى ماشاء منها كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ماشاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والبراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي وبيته وفي البراء لفظ المبريء وبيته ومقى اختافوا في ذلك فالقول قول من اعتبر لفظه وبيته

(فصل) ولو ادعى القا على حاضر وغائب وان كل واحد منها ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فان قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان كان الحاضر أنكر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بيينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه باذكاره معترف أنه لاحق له عليه وإنما المدعي ظلمه وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله الاستيفاء منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فجاز له أخذه ، وان لم يقم على الحاضر بيينة حلف وبريء فاذا قدم الغائب فان أنكر وحلف برىء فان اعترف لزمه دفع الالف وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لانها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه مقر بها وغريمه يدعيها واليمين إنما اسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته بدليل أنه لو قامت عليه بيينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن (مسئلة) (وان أنكر المضمون له القضاء وحلف لم يرجع الضامن على المضمون عنه سواء صدقه أو كذبه)

المضمون عنه ولم يرجع على الضامن لانه لما يرجع على من اذن له دون غيره

(فصل) اذا كان له الف على رجلين على كل واحد منها نصفه وكل واحد منهما ضامن عن صاحبه فأبرأ الغريم أحدهما من الالف برى منه وبرى صاحبه من ضمانه وبقي عليه خمسمائة ، وان قضاء أحدهما خمسمائة أو أبرأه الغريم منها وعين القضاء بلفظه أو بيّنه عن الاصل والضمان انصرف اليه وان أطلق احتمال أن له صرفها الى ما شاء منها كمن اخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها الى ما شاء منها واحتمل أن يكون نصفها عن الاصل ونصفها عن الضمان لان اطلاق القضاء والابراء ينصرف إلى جملة ما في ذمته فيكون بينهما ، والمعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته وفي الابراء لفظ المبرى ونيته ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول من المعتبر لفظه ونيته

(فصل) ولو ادعى ألفا على حاضر وغائب وان كل واحد منهما ضامن عن صاحبه فاعترف الحاضر بذلك فله أخذ الالف منه فاذا قدم الغائب فاعترف رجوع عليه صاحبه بنصفه وان أنكر فالقول قوله مع يمينه وان أنكر الحاضر فالقول قوله مع يمينه ، فان قامت عليه بينة فاستوفى الالف منه لم يرجع على الغائب بشيء لانه بانكاره معترف أنه لا حق له عليه وانما المدعي ظلمه ، وان اعترف الغائب وعاد الحاضر عن انكاره فله أن يستوفي منه لانه يدعي عليه حقا يعترف له به فكان له أخذه منه وان لم يقم على الحاضر بينة حلف وبرى ، فاذا قدم الغائب فأنكر أيضا وحلف وبرى ، وان اعترف لزمه دفع الالف

اذا ادعى الضامن انه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له فالقول قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأمنه فكان القول قول المنكر ، وله مطالبة الضامن والاصيل فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاء عنه ؟ ينظر فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن في قضاء مبري ولم يوجد ، وان قضاء بينة ثبت بها الحق لكن ان كانت غائبة أو ميتة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر وما فرط وان قضاء بينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها ، وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبدين أو شاهداً واحداً فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس له واحتمل ان لا يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بمحضرة المضمون عنه ففيه وجهان أحدهما يرجع وهو مذهب الشافعي لانه اذا كان حاضراً كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ كان التفريط منه دون الضامن والثاني لا يرجع لانه قضى قضاء غير مبري فأشبهه مالهو قضى في غيبته

(فصل) فان رجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانياً لانه أبرأ به ذمته ظاهراً قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بالقضاء الاول دون الثاني لان البراءة

وقال بعض أصحاب الشافعي لا يلزمه الا خمس المائة الاصلية دون المضمونة لأنها سقطت عن المضمون عنه يمينه فتسقط عن ضامنه

ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضامن

(فصل) وإذا ادعى الضامن أنه قضى الدين فأنكر المضمون له ولا بينة له قال قول المضمون له لانه ادعى تسليم المال الى من لم يأتمته فكان القول قول المنكر وله مطالبة من شاء منها فان رجع على المضمون عنه فهل يرجع الضامن بما قضاؤه عنه؟ نظرنا فان لم يعترف له بالقضاء لم يرجع عليه وان اعترف له بالقضاء وكان قد قضى بغير بينة في غيبة المضمون عنه لم يرجع بشيء سواء صدقه المضمون عنه أو كذبه لانه أذن له في قضاء مبري، ولم يوجد وان قضاؤه بينة ثبت بها الحق لكن إن كانت ميتة أو غائبة فللضامن الرجوع على المضمون عنه لانه معترف أنه ما قصر ولا فرط، وان قضاؤه بينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق الظاهر لم يرجع الضامن لتفريطه لان هذه البينة كدمها وان ردت بأمر خفي كالفسق الباطن أو كانت الشهادة مختلفا فيها مثل أن أشهد عبداً أو شاهداً واحداً فردت لذلك أو كان ميتاً أو غائبا احتمل أن يرجع لانه قضى بينة شرعية والجرح والتعديل ليس اليه، واحتمل أن لا

حصلت به في الباطن، ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ووجه ثالث أنه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهراً والثاني ما أبرأه باطناً

ولنا ان الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به بينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبري في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبري في الظاهر .

﴿مسئلة﴾ (وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يسمع إنكاره)

لان ما في ذمته حق للمضمون له . فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له صار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقراراً في حق نفسه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه وقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا تقبل والاول أصح وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث .

﴿مسئلة﴾ (وان قضى المؤجل قبل أجله لم يرجع حتى يحل)

لانه لا يجب له أكثر مما كان للغيرم ولانه تبرع بالتعجيل، وان أحاله كانت الحوالة بمنزلة تقييضه ورجع بالاقبل مما أحاله أو قدر الدين سواء قبض الغيرم من المحال عليه أو أبرأه أو تعذر عليه الاستيفاء لفلس أو مطل لان الحوالة كالا قباض

يرجع لانه أشهد من لا يثبت الحق بشهادته ، وان قضى بغير بينة بمحضرة المضمون عنه ففيه وجهان (أحدهما) يرجع وهو مذهب الشافعي لأنه اذا كان حاضرا كان الاحتياط اليه فاذا ترك التحفظ وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن (والثاني) لا يرجع لانه قضى قضاء لا يبري ، فأشبهه ما لو قضى في غيبته ، فأما ان يرجع المضمون له على الضامن فاستوفى منه مرة ثانية رجع على المضمون عنه بما قضاء ثانيا لانه أبرأ به ذمته ظاهرا ، قال القاضي ويحتمل أن له الرجوع بما قضاء أولا دون الثاني لان البراءة حصلت به في الباطن ، ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ووجه ثالث انه لا يرجع بشيء بحال لان الاول ما أبرأه ظاهرا والثاني ما أبرأه باطنا

ولنا أن الضامن أدى عن المضمون عنه باذنه اذا أبرأه ظاهراً وباطناً فرجع به كما لو قامت به البينة والوجه الاول أرجح لان القضاء المبري في الباطن ما أوجب الرجوع فيجب أن يجب بالباقي المبري في الظاهر ، وان اعترف المضمون له بالقضاء وأنكر المضمون عنه لم يلتفت الى انكاره لان ما في ذمته حق للمضمون له فاذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بان الحق الذي له سار للضامن فيجب أن يقبل اقراره لكونه اقرارا في حق نفسه ويحتمل أن لا يقبل لان الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الاول وشهادة الانسان على فعل نفسه صحيحة كشهادة المرضعة بالرضاع وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل على بصيرة انه لا حظ لهما ولانه عقد لا يفتقر الى القبول فلم يدخله خيار كالنذر وبهذا قال أبو

﴿مسئلة﴾ (وان مات الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين ؟ على روايتين وأيهما حل عليه لم يحل على الآخر)

وجملة ذلك أنه اذا ضمن ديناً مؤجلاً مات أحدهما . إما الضامن أو المضمون عنه فهل يحل الدين على الميت منهما؟ على روايتين يأتي ذكرهما . فان قلنا يحل على الميت لم يحل على الآخر لان الدين لا يحل على شخص بموت غيره . فان كان الميت المضمون عنه لم يستحق مطالبة الضامن قبل الاجل فان قضاء قبل الاجل كان متبرعا بتسجيل القضاء وهل له مطالبة المضمون عنه قبل الاجل؟ يخرج على الروايتين فيمن قضى الدين بغير اذن من هو عليه . وان كان الميت الضامن فاستوفى الغريم من تركته لم يكن لورثته مطالبة المضمون عنه حتى يحل الحق لانه مؤجل عليه فلا يستحق مطالبة قبل أجله وهذا مذهب الشافعي وحكي زفر ان لهم مطالبة لانه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته

ولنا أنه دين مؤجل فلا يجوز مطالبة به قبل الاجل كما لو لم يموت وقولهم أدخله فيه قلنا انما أدخله في المؤجل وحلوله بسبب من جهة فهو كما لو قضى قبل الاجل

﴿مسئلة﴾ (ويصح ضمان الحال مؤجلاً وان ضمن المؤجل حالا لم يلزمه قبل أجله في أصح الوجهين)

حنيفة والشافعي ولا نعلم عن أحد خلافهم فإن شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي ان الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط ان لا يؤدي ما على المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر بأنه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) وإذا ضمن رجلان عن رجل ألفا ضمان اشتراط فقالا ضمنا لك الألف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلثة فكل واحد منهم ضامن ثلثه فان قال واحد منهم أنا وهذان ضامنون لك الألف فسكت الآخران فعليه ثلث الألف ولا شيء عليهما، وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الألف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهم بالألف كله ان شاء، وان أدى احدهم الألف كله او حصته لم يرجع الا على المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن اصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ومن كفل بنفسه لزمه ما عاها ان لم يسلمها)

وجملة ذلك ان الكفالة بالنفس صحيحة في قول اكثر اهل العلم هذا مذهب شريح ومالك والثوري والليث وأبي حنيفة، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وان كانت ثابتة بالاجماع والاثار، ومنهم

إذا ضمن الدين الحال مؤجلاً صح ويكون حالاً على المضمون عنه مؤجلاً على الضامن يملك مطالبة المضمون عنه دون الضامن، وبه قال الشافعي قال أحمد في رجل ضمن ماعلى فلان أنه يؤديه في ثلاث سنين فهو عليه ويؤديه كما ضمن، ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير على عهد رسول الله ﷺ فقال ما عندي شيء أعطيك فقال والله لا أفارقك حتى تعطيني أو تأتيني بحميل فخره الى النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «كم تستنظره؟» فقال شهراً فقال رسول الله ﷺ «فأنا أحمل؟» فجاءه به في الوقت الذي قال النبي ﷺ فقال له النبي ﷺ «من ابن أصبت هذا؟» قال من معدن قال «لا خير فيها» وقضاها عنه رواء ابن ماجه ولأنه ضمن ما لا يقدر مؤجلاً فكان مؤجلاً كالبيع، فان قيل فعندكم الدين الحال لا يتأجل فكيف تأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا الحق يتأجل في ابتداء ثبوته بعقد وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن فانه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ويجوز ان يخالف ما في ذمة الضامن الذي في ذمة المضمون عنه بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجلاً اذا ثبت هـ لكان الدين حالاً فضمنه الى شهرين لم يكن له مطالبة الضامن الى شهر فان قضاه قبل الاجل فله الرجوع به في الحال على الرواية

من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم تصح كالـ كفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قول الله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقا من الله لتأثنتي به الا أن يحاط بكم) ولان ماوجب تسليمه بمقد وجب تسليمه بمقد الكفالة كالمال، اذا ثبت هذا فانه متى تعذر على الكفيل احضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ما عليه وقال أكثرهم لا يفرم

ولنا عموم قوله عليه السلام «الزعيم غارم» ولانها أحد نوعي الكفالة فوجب بها الغرم كالـ كفالة بالمال (فصل) واذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه كان كفילה به وار كفل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربهه صحت الكفالة لانه لا يمكنه احضار ذلك الا باحضاره كله، وان تكفل بمضو تبقى الحياة بعد زواله كيده ورجله ففيه وجهان (أحدهما) تصح الكفالة وهو قول أبي الخطاب وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه لا يمكنه احضار هذه الاعضاء على صفتها الا باحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولانه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه اذا أضيف الى البعض كالطلاق والعناق (والثاني) لا يصح لانه يمكن احضاره بدون الجملة مع بقائها وقال الباقي لا تصح الكفالة ببعض البدن ولا تصح الا في جميعه لان مالا يسري لا يصح اذا خص به عضو كالبيع والاجارة

(فصل) وتصح الكفالة ببدن كل من يلزم حضوره في مجلس الحكم بدين لازم سواء كان الدين معلوما أو مجهولا وقال بعض أصحاب الشافعية لا تصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول به فيلزمه الدين ولا يمكن طلبه منه لجهله. ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا

التي تقول إنه اذا قضى دينه بغير إذنه رجع به لان ما فيه ههنا انه قضى بغير اذن وعلى الرواية الاخرى لا يرجع به قبل الاجل لانه لم يأذن له في القضاء قبل ذلك

(فصل) فان كان الدين مؤجلا فضمنه حالا لم يصح حالا ولم يلزمه أدائه قبل أجله لان الضامن فرع للمضمون عنه فلا يلزمه مالا يلزمه ولان المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله فبان لا يلزم الضامن أولى ولان الضمان التزام دين في الذمة فلا يجوز أن يلزم ما يلزم المضمون عنه، فعلى هذا ان قضاء حالا لم يرجع به قبل أجله لان ضمانه لم يغيره عن تأجيله، والفرق بين هذه المسئلة والتي قبلها ان الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان فاذا ضمنه مؤجلا فقد ألزم بعض ما يجب على المضمون عنه فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة، وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاءه الا عند أجله فاذا ضمنه حالا ألزم ما لم يجب على المضمون عنه أشبه ما لو كان الدين عشرة فضمن عشرين، وفيه وجه آخر انه يصح ضمان المؤجل حالا كما يصح ضمان الحال مؤجلا قياساً عليه وقد ذكرنا الفرق بينهما بما يمنع القياس ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يدخل الضمان والكفالة خيار لان الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ والضمين والكفيل

لا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولا نأخذ بتبيننا ان ضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لا تتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانها قد يجب احضارهما مجاس الحكم للشهادة عليهما بالاتلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما، وتصح الكفالة ببدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا تصح . ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع النية والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بامر الحاكم أو أمر من حبسه ثم يبيده الى الحبس بالحقين جميعا والغائب يمضي اليه فيحضره ان كانت النية غير منقطعة وهو ان يعلم خبره فان لم يعلم خبره لزمه ما عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه ما عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها فلا يفعل (فصل) ولا تصح الكفالة ببدن من عليه حد سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة او لآدمي كحد القاذف والقصاص وهذا قول أكثر أهل العلم منهم شريح والحسن وبه قال اسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي في حدود الله تعالى، واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع (لا كفالة في حدود الآدمي ولا لمان وقال في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لانه حق لآدمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين . ولنا ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ انه قال «لا كفالة في حد» ولانه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ولان الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدرء بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولانه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل اذا تعذر عليه احضار المكفول به فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

دخلا على انه لاحظ لهما ولانه عقد لا يفترق الى القبول فلم يدخله خيار كالتذر وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافا، فان شرط الخيار فيها فقال القاضي عندي أن الكفالة تبطل وهو مذهب الشافعي لانه شرط ينافي مقتضاها ففسدت كما لو شرط أن لا يؤدي عن المكفول به وذلك لان مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به والخيار ينافي ذلك ويحتمل أن يبطل الشرط وحده كما قلنا في الشروط الفاسدة في البيع، ولو أقر انه كفل بشرط الخيار لزمته الكفالة وبطل الشرط لانه وصل باقراره ما يبطله فأشبهه استثناء الكل

(فصل) واذا ضمن رجلان عن رجل الفاضل اشتراك فقالا ضمنا لك الالف الذي على زيد فكل واحد منهما ضامن لنصفه وان كانوا ثلاثة فكل واحد ضامن ثلثه، فان قال واحد منهم انا وهذان ضامنون لك الالف فسكت الآخران فعليه ثلث الالف ولا شيء عليهما وان قال كل واحد منهم كل واحد منا ضامن لك الالف فهذا ضمان اشتراك وانفراد وله مطالبة كل واحد منهما بالالف ان شاء وان أدى أحدهم الالف كله أو حصته منه لم يرجع الاعلى المضمون عنه لان كل واحد منهم ضامن أصلي وليس بضامن عن الضامن الآخر

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لان الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة

(فصل) وتصح الكفالة حالة ومؤجلة كما يصح الضمان حالا ومؤجلاً ، واذا أطلق كانت حالة لان كل عقد يدخله الحلول اقتضى اطلاقه الحلول كالتن والضماني ، فاذا تكفل حالاً كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يد حائلة ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه وان لم تكن يد حائلة لزمه قبوله فان قبله بريء من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبريء منه بالعمل المقود عليه كالاجارة ، فان امتنع من تسلمه بريء لانه احضر ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبريء منه كالتسليم فيه ، وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه اشهد على امتناعه رجلين وبريء لانه فعل ما وقع العقد على فعله فبريء منه وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه ، فان لم يجد حاكماً اشهد شاهدين على احضاره وامتناع المكفول له من قبوله ، والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم إحضاره قبل الاجل كالدين المؤجل ، فاذا حل الاجل فاحضره وسلمه بريء وان كان غائباً أو مرتداً لحق بدار الحرب لم يؤخذ بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي اليه وامادته ، وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن احضاره فيها ولم يحضره أو كانت

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (الكفالة التزام احضار المكفول به)

وجه ذلك أن الكفالة بالنفس صحيحة في قول أكثر اهل العلم منهم شريح ومالك واثوري والليث وأبو حنيفة ، وقال الشافعي في بعض أقواله الكفالة بالبدن ضعيفة ، واختلف أصحابه فمنهم من قال هي صحيحة قولاً واحداً وإنما أراد أنها ضعيفة في القياس وإن كانت ثابتة بالاجماع والائثر ومنهم من قال فيها قولان (أحدهما) أنها غير صحيحة لأنها كفالة بين فلم تصح كالكفالة بالوجه وبدن الشاهدين ولنا قوله تعالى (قال لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتني به. الا ان يحاط بكم) ولان

ماوجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كاللزام

(مسئلة) (وتصح يبدن من عليه دين وبالايعان المضمونة)

تصح الكفالة يبدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحكم يبدن لازم سواء كان معلوماً أو كان مجهولاً ، وقال بعض الشافعية لا يصح بمن عليه دين مجهول لانه قد يتعذر احضار المكفول فيلزمه الدين ولا يمكنه طلبه منه لجبهه

ولنا ان الكفالة بالبدن لا بالدين والبدن معلوم فلا تبطل الكفالة لاحتمال عارض ولانا قد

الغنية منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع إمكانه أخذ بما عليه، وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغنية منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع إمكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم فيما مضى وان احضر المكفول به قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه وان كان فيه ضرر مثل ان تكون حجة الغرم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم أو الدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالنظر في تلك المدة لم يلزمه قبوله كما نقول فيمن دفع الدين المؤجل قبل حلوله

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال القاضي ان احضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في احضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل باحضاره فيه والا برىء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا. ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو احضر المسلم فيه في غير هذا الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لغية شهوده أو غير ذلك وقد هرب منه ولا يقدر على امساكه، ويفارق ما اذا أحضره قبل الاجل فإنه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فاذا لم يكن فيه ضرر وجب قبوله وان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالتسليم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به

بيننا ان الضمان المجهول يصح وهو التزام المال ابتداء فالكفالة التي لاتتعلق بالمال ابتداء أولى، وتصح الكفالة بالصبي والمجنون لانه قد يجب احضارهما مجلس الحاكم للشهادة عليهما بالانلاف واذن وليهما يقوم مقام اذنهما ويصح بيدن المحبوس والغائب وقال أبو حنيفة لا يصح

ولنا ان كل وثيقة صحت مع الحضور صحت مع الغيبة والحبس كالرهن والضمان ولان الحبس لا يمنع من التسليم لكون المحبوس يمكن تسليمه بأمر الحاكم وامر من حبسه ثم يعيده الى الحبس بالحقين جميعا والنائب يمضي اليه فيحضره ان كانت الغيبة غير منقطعة وهو أن يعلم خبره وان لم يعلم خبره لزمه عليه قاله القاضي وقال في موضع آخر لا يلزمه عليه حتى تمضي مدة يمكنه الرد فيها ولا يفعل وتصح بالاعيان المضمونة كالنصبوب والعواري لانه يصح ضمانها وقد ذكرنا صحة ضمانها

(مسألة) (ولا يصح بيدن من عليه حد ولا قصاص سواء كان حقاً لله تعالى كحد الزنا والسرقة أو لآدمي كحد القذف والقصاص)

وهو قول العلماء منهم شريح والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور وأصحاب الرأي والشافعي في حدود الله تعالى واختلف قوله في حدود الآدمي فقال في موضع لا كفالة في حد ولا لعان وقال

محبوساً عند غير الحاكم لم يلزمه تسليمه محبوساً لأن ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وإن كان محبوساً عند الحاكم فسلمه إليه محبوساً لزمه تسليمه لأن حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه وإذا طالب الحاكم بإحضاره أحضره مجلسه وحكم بينهما ثم يردّه إلى الحبس وإن توجه عليه حق المكفول له حبسه بالحق الأول أو حق المكفول له

(فصل) وإن كفّل إلى أجل مجهول لم تصح الكفالة وبهذا قال الشافعي لأنه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وإن جملة إلى الحصاد والجزاز والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والأولى صحتها هنا لأنه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالتذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفّل رجلاً آخر فقال : إن جئت به في وقت كذا وإلا فاعليه علي فقال لا أدري ولكن إن قال ساعة كذا لزمه . فنص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه فأما إن قال وقت طلوع الشمس ونحو ذلك صح وإن قال إلى الغد أو شهر كذا تعلق بأوله على ما ذكرنا في السلم (فصل) وإذا تكفّل برجل إلى أجل إن جاء به فيه وإلا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو

في موضع تجوز الكفالة بمن عليه حق أو حد لأنه حق لا دمي فصحت الكفالة به كسائر حقوق الآدميين ولنا ما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ أنه قال « لا كفالة في حد » ولأنه حد فلم تصح الكفالة فيه كحدود الله تعالى ، ولأن الكفالة استيثاق والحدود مبناهما على الاسقاط والدفع بالشبهات فلا يدخل فيها الاستيثاق ولأنه حق لا يجوز استيفاءه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به فلا تصح الكفالة بمن هو عليه كحد الزنا

(فصل) ولا تجوز الكفالة بالمكاتب من أجل دين الكتابة لأن الحضور لا يلزمه فلا تجوز الكفالة به كدين الكتابة .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح بغير معين كأحد هذين) لأنه غير معلوم في الحال ولا في المال فلا يمكن تسليمه ﴿مسئلة﴾ (وإن كفّل بجزء شائع من إنسان أو عضو أو كفّل بإنسان على أنه إن جاء به وإلا فهو كفيل بآخر أو ضامن ما عليه صح في أحد الوجهين)

أما إذا قال أنا كفيل بفلان أو بنفسه أو يدينه أو بوجهه كان كفيلاً به فإن كفّل برأسه أو كبده أو جزء لا تبقى الحياة بدونه أو بجزء شائع منه كثلثه أو ربه صحت الكفالة لأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضاره كله ، وقال القاضي تصح الكفالة ببعض البدن لأن ما لا يسري إذا حضر به عضو لم يصح كالبيع والإجارة ، وإن تكفّل بعضو تبقى الحياة بعد زواله كاليد والرجل ففيه وجهان : (أحدهما) تصح الكفالة اختاره أبو الخطاب وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله أشبه الكفالة بوجهه ورأسه ولأنه حكم يتعلق بالجملة

يوسف وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدوم زيد

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه، وأما ان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك ما لك على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال انا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة وهو مذهب الشافعي ومحمد بن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر وهبوب الريح ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة، وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب تصح وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجود فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس، فان قال كفلت بفلان ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بفلان أو ضامن المال الذي على فلان لم يصح فيها عند

فيثبت حكمه إذا أضيف الى البعض كالطلاق والعاق (وإثنائي) لا يصح لان تسليمه بدون تسليم الجملة ممكن مع بقائها .

(فصل) اذا تكفل بالإنسان على أنه ان جاء به والا فهو كفيل بآخر أو ضامن ماعليه لم يصح عند القاضي فيها لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط، وقال أبو الخطاب : يصح فيها لانه ضامن أو كفالة فيصح تعليقه على شرط كضمان الهبة، فان قال ان جئت به في وقت كذا والا فانا كفيل بيدن فلان أو فانا ضامن لك المال الذي على فلان أو قال اذا جاء زيد فانا ضامن لك ما عليه أو اذا قدم الحاج فانا كفيل بفلان أو قال انا كفيل بفلان شهرا فقال القاضي لا تصح الكفالة، وهو مذهب الشافعي ومحمد ابن الحسن لان ذلك خطر فلم يجوز تعليق الضمان والكفالة به كمجيء المطر ولانه اثبات حق لا دمي معين فلم يجوز تعليقه على شرط ولا توقيته كالهبة . وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يصح، وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أضاف الضمان الى سبب الوجوب فيجب أن يصح كضمان الدرك والاول أقيس .

(فصل) وان قال كفلت بيدن فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرطاً لا يلزم الوفاء به فيكون فاسداً وتفسد به الكفالة ويحتمل أن يصح لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه . فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا ان يبري المكفول له الكفيل الاول لانه انما كفله بهذا الشرط فلا تثبت كفالته بدون شرطه، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو وضمت لك هذا الدين بشرط ان تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان أصحهما البطلان لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر وكذلك لو شرط في الكفالة

القاضي لان الاول مؤقت والثاني معلق على شرط وقال أبو الخطاب يصح فيها فأما ان قال كفلت بأحد هذين الرجلين لم يصح في قولهم جميعا لانه غير معلوم في الحال ولا في المال

(فصل) فان قال كفلت بيد فلان على أن يبرأ فلان الكفيل أو على أن تبرئه من الكفالة لم يصح لانه شرط شرط لا يلزم الوفاء به فيكون فاسدا وتفسد الكفالة به ويحتمل أن تصح الكفالة لانه شرط تحويل الوثيقة التي على الكفيل اليه ، فعلى هذا لا تلزمه الكفالة الا أن يبرئ المكفول له الكفيل الاول لانه إنما كفّل بهذا الشرط فلا تثبت كفالاته بدون شرطه ، وان قال كفلت لك بهذا الغريم على أن تبرئني من الكفالة بفلان أو ضمنت لك هذا الدين بشرط أن تبرئني من ضمان الدين الآخر أو على أن تبرئني من الكفالة بفلان خرج فيه الوجهان ، والاولى أنه لا يصح لانه شرط فسخ عقد في عقد فلم يصح كالبيع بشرط فسخ بيع آخر ، وكذلك لو شرط في الكفالة أو الضمان أن يتكفل المكفول له أو المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره لم يصح لما ذكرنا (فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بربى الآخران لما ذكرنا في الضمان

أو الضمان ان يتكفل المكفول به بآخر أو يضمن ديناً عليه أو يبيعه شيئاً عنه أو يؤجره داره صح لما ذكرنا.

(مسئلة) (الا برضا الكفيل وفي رضا المكفول به وجهان)

يعتبر رضى الكفيل في صحة الكفالة لانه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ، ولا يعتبر رضا المكفول له لانها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة ولانها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر فأما رضا المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالتضامن (والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لان مقصودها احضاره فاذا تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولانه يجعل نفسه حقاً عليه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يجز كما لو ألزمه الدين وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه

(مسئلة) (ومتى أحضره وسلمه بربى الا ان يحضره قبل الاجل وفي قبضه ضرر)

وجملة ذلك ان الكفالة تصح حالة ومؤجلة كالضمان فان أطلق انصرف الى الحلول لان كل عقد يدخله الحلول اذا أطلق اقتضى الحلول كالثلث والضمان فاذا تكفل حالاً كان له مطالبة باحضاره فان احضره وهناك يدعائه ظالمة لم يبرأ منه ولم يلزم المكفول له تسلمه لانه لا يحصل له غرضه ، وان لم تكن يدعائه لزمه قبوله فان قبله بربى من الكفالة ، وقال ابن أبي موسى لا يبرأ حتى يقول قد برئت اليك منه أو قد سلمته اليك أو قد أخرجت نفسي من كفالاته ، والصحيح الاول لانه عقد على عمل فبرئ منه بالعمل المقود عليه كالأجارة فان امتنع من تسلمه بربى لانه أحضره ما يجب تسليمه عند غريمه وطلب منه تسلمه على وجه لا ضرر في قبضه فبرئ منه كالمسلم فيه وقال بعض أصحابنا اذا امتنع من تسلمه أشهد على ابتعاه رجلين وبرئ لانه

وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيلاً لأنه أتى بما يلزم الكفيلين وهو احضار نفسه فبرئت ذمتها كما لو قضى الدين وان أحضر أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انكأ أحد الرهين من غير قضاء الحق ، وفارق ما اذا سلم المكفول به نفسه لأنه أصل لهما فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء فرطاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته ولذلك لو أبرى المكفول به بريء كفيلاً ولو أبرى أحد الكفيلين بريء وحده دون صاحبه

فصل ولو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر لان عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة المقدين فقد ألزم احضاره عند كل واحد منهما فاذا أحضره عند واحد بريء منه وبقي حق الآخر كما لو كان في عقدين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه

(فصل) وتفترق صحة الكفالة الى رضى الكفيل لأنه لا يلزمه الحق ابتداء الا برضاه ولا يعتبر رضى المكفول له لأنها وثيقة لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة ولأنها ألزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر ، فأما رضاه المكفول به ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتبر كالإضمان

فعل ما وقع العقد على فعله فبرىء منه ، وقال القاضي يرفعه الى الحاكم فيسلمه اليه فان لم يجد حاكماً أشهد شاهدين على احضاره ، وامتناع المكفول له من قبوله والاول أصح فان مع وجود صاحب الحق لا يلزم دفعه الى نائبه كحاكم أو غيره ، وان كانت الكفالة مؤجلة لم يلزم احضاره قبل الاجل كالدين المؤجل فاذا حل الاجل فأحضره وسلمه بريء فان أحضر قبل الاجل ولا ضرر في تسليمه لزمه ، وإن كان فيه ضرر مثل أن تكون حجة الغريم غائبة أو لم يكن يوم مجلس الحاكم والدين مؤجل عليه لا يمكن اقتضاؤه منه أو قد وعده بالنظر في تلك المدة لم يلزمه قبوله كن سلم المسلم فيه قبل محله أو في غير مكانه .

(فصل) واذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، وبه قال ابو يوسف ومحمد وقال القاضي أن أحضره بمكان آخر من البلد وسلمه بريء من الكفالة وقال بعض أصحابنا متى أحضره في أي مكان كان وفي ذلك الموضع سلطان بريء من الكفالة لكونه لا يمكنه الامتناع من مجلس الحاكم ويمكن اثبات الحجة فيه وقيل ان كان عليه ضرر في إحضاره بمكان آخر لم يبرأ الكفيل إذا أحضره فيه والا بريء كقولنا فيما اذا أحضره قبل الاجل ولاصحاب الشافعي اختلاف على نحو ما ذكرنا

ولنا أنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ كما لو أحضر المسلم فيه في غير الموضع الذي شرطه ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على اثبات الحجة فيه لنسبة شهوده أو غير ذلك وقد يهرب منه ولا يقدر على امساكه ويفارق ما اذا سلمه قبل الاجل فانه عجل الحق قبل أجله فزاده خيراً فقي لم

(والثاني) يعتبر وهو مذهب الشافعي لأن مقصودها احضاره وان تكفل بغير اذنه لم يلزمه الحضور معه ولا نه يجعل لنفسه حقا عاياه وهو الحضور معه من غير رضاه فلم يحجز كما لو لزمه الدين، وفارق الضمان فان الضامن يقضي الحق ولا يحتاج الى المضمون عنه ، وعلى كلا الوجهين متى كانت الكفالة باذنه فأراد الكفيل احضاره لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من أجله باذنه فكان عليه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه كان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت الكفالة بغير اذنه نظرنا فان طلبه المكفول له منه لزمه أن يحضر معه لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في طلبه وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه أن يحضر معه لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يحجز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه أن يحضر معه كما لو وكل أجنبيا وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول، ويحتمل أن تكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا فلا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان وانكفالة لازمين للبائشر دون الآخر لانه كفيل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلم يلزمه به شيء

يكن ضرر وجب قبوله فان وقعت الكفالة مطلقة وجب تسليمه في مكان العقد كالسلم فان سلمه في غيره فهو كتسليمه في غير المكان الذي عينه وان كان المكفول به محبوساً لان ذلك الحبس يمنعه استيفاء حقه وان كان محبوساً عند الحاكم فسلمه اليه محبوساً لزمه تسليمه لان حبس الحاكم لا يمنعه استيفاء حقه واذا طالب الحاكم باحضاره احضره وحكم بينهما ثم يردده الى الحبس فان توجه عليه حق للمكفول له حبسه بالحق الاول وحق المكفول له

(مسئلة) (وان مات المكفول به أو تلفت العين بفعل الله تعالى أو سلم نفسه بريء الكفيل) اذا مات المكفول به بريء الكفيل وسقطت الكفالة ، وبه قال شريح والشعبي وحامد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا يسقط ويطالب بما عليه وهو قول الحكم ومالك والليث وحكي عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفى من الوثيقة كالرهن ولانه تعذر احضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا ان الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولان ما لزمه من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه، وفارق ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه وفارق الرهن فانه غلق به المال فاستوفى منه وكذلك الحكم ان تلفت المكفول بها بفعل الله تعالى وان سلم المكفول به نفسه بريء الكفيل لانه أتى بما يلزم الكفيل لاجله وهو احضار نفسه فبرئت ذمته كما لو قضى الدين

(فصل) واذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن

﴿مسئلة﴾ قال (فان مات بريء المتكفل)

وجملته أنه اذا مات المكفول به سقطت الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء وبهذا قال شريح والقاضي
وحمد بن أبي سليمان وأبو حنيفة والشافعي، وقال الحكم ومالك والليث يجب على الكفيل غرم ماعليه
وحكي ذلك عن ابن شريح لان الكفيل وثيقة بحق فاذا تعذرت من جهة من عليه الدين استوفي من
الوثيقة كالرهن ولأنه تعذر إحضاره فلزم كفيله ما عليه كما لو غاب

ولنا أن الحضور سقط عن المكفول به فبريء الكفيل كما لو بريء من الدين ولأن ما ألزمه
من أجله سقط عن الاصل فبريء الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين أو أبريء منه وفارق
ما اذا غاب فان الحضور لم يسقط عنه ويفارق الرهن فانه علق به المال فاستوفي منه

(فصل) اذا قال الكفيل قد بريء المكفول به من الدين وسقطت الكفالة أو قال لم يكن عليه
دين حين كفيلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه

عليه دين حين كفيلته فأنكر المكفول له فالقول قوله لان الاصل صحة الكفالة وبقاء الدين وعليه الدين
فان نكل قضي عليه، ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل
مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاوّل أولى لان ماداعاه محتمل
(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل أبرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فسقط باسقاطه
كالدين، وان قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف
بذلك في الضمان وكذلك اذا قال له برئت من الدين الذي كفلت به، وبرأ الكفيل في هذه المواضع دون
المكفول به ولا يكون اقرارا بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به والاوّل أصح لانه
يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به فالما ان قال للمكفول به أبرأتك
عما لي قبلك من الحق أو برئت من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه
لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفلت به فلان بريء وبريء كفيله

(مسئلة) (وان تعذر احضاره مع بقائه لزم الكفيل الدين أو عوض الدين)

مضى تعذر إحضار المكفول به مع حياته أو امتنع من احضاره لزمه ماعليه وقال أكثرهم لا غرم عليه
ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام «الزعيم غارم» ولانه أحد نوعي الكفالة فوجب
الغرم كالكفالة بالمال

(مسئلة) (وان غاب أهل الكفيل بقدر ما يمضي فيحضره فان تعذر احضاره ضمن ماعليه)
اذا غاب المكفول به أو ارتد ولحق بدار الحرب لم يؤخذ الكفيل بالحق حتى يمضي زمن يمكن المضي
فيه واعادته وقال ابن شبرمة يجبس في الحال لان الحق قد توجه عليه. ولنا أن الحق يعتبر في وجوب

اليمين فان نكل قضي عليه ويحتمل أن لا يستحلف فيما اذا ادعى الكفيل أنه تكفل بمن لادين عليه لان الكفيل مكذب لنفسه فيما ادعاه فان من كفّل بشخص معترف بدينه في الظاهر والاول أولى لان ما ادعاه محتمل

(فصل) واذا قال المكفول له للكفيل ابرأتك من الكفالة بريء لانه حقه فيسقط باسقاطه كالدين وإن قال قد برئت إلي منه أو قد رددته الي بريء أيضاً لانه معترف بوفاء الحق فهو كما لو اعترف بذلك في الضمان وكذلك اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به ، ويرأ الكفيل في هذه المواضع دون المكفول به ولا يكون اقراراً بقبض الحق وهذا قول محمد بن الحسن، وقيل يكون اقراراً بقبض الحق فيما اذا قال برئت من الدين الذي كفلت به، والاول أصح لانه يمكن براءته بدون قبض الحق بإبراء المستحق أو موت المكفول به، فأما ان قال للمكفول به أبرأتك عما لي قبلك من الحق أو برئت

ادائه امكان التسليم وان كان حالاً كالدين فاذا مضت مدة يمكن إحضاره فيها ولم يحضره أو كانت الغيبة منقطعة لا يعلم خبره أو امتنع من احضاره مع امكانه أخذ بما عليه وقال أصحاب الشافعي ان كانت الغيبة منقطعة لا يعلم مكانه لم يطالب الكفيل باحضاره ولم يلزمه شيء وان امتنع من احضاره مع امكانه حبس وقد دللنا على وجوب الغرم في المسئلة التي قبلها

(فصل) وان كفّل الى أجل مجهول لم تصح الكفالة وهذا قول الشافعي لانه ليس له وقت يستحق مطالبته فيه وهكذا الضمان وان جعله الى الحصاد والجذاذ والعطاء خرج على الوجهين كالأجل في البيع والاولى صحته ههنا لانه تبرع من غير عوض جعل له أجلاً لا يمنع من حصول المقصود منه فصح كالنذر وهكذا كل مجهول لا يمنع مقصود الكفالة، وقد روى مهنا عن أحمد في رجل كفّل رجلاً وقال ان جئت به في وقت كذا والا فما عليه علي فقال لا ادري ولكن ان قال ساعة كذا لزمه، قصص على تعيين الساعة وتوقف عن تعيين الوقت ولعله أراد وقتاً متسعاً أو وقت شيء يحدث مثل وقت الحصاد ونحوه ، فأما ان قال وقت طلوع الشمس أو نحو ذلك صح وان قال الى الفد او إلى شهر كذا تعلق باوله علي ما ذكرنا في السلم. فان تكفل برجل الى أجل ان جاء به فيه والا لزمه ما عليه صح وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف، وقال محمد بن الحسن والشافعي لا تصح الكفالة ولا يلزمه ما عليه لان هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح كما لو علقه بقدم زيد

ولنا ان هذا موجب الكفالة ومقتضاها فصح اشتراطه كما لو قال ان جئت به في وقت كذا والا فلك حبسي، ومبنى هذا الخلاف ههنا على الخلاف في ان هذا مقتضى الكفالة وقد دللنا عليه (مسئلة) (واذا طالب الكفيل المكفول به بالحضور معه لزمه ذلك ان كانت الكفالة باذنه أو طالبه صاحب الحق باحضاره والا فلا اذا كفّل رجلاً باذنه فأراد احضاره ليسلمه الى المكفول له لزمه الحضور معه لانه شغل ذمته من

من الدين الذي قبلك فانه يبرأ من الحق وتزول الكفالة لانه لفظ يقتضي العموم في كل ما قبله وان قال برئت من الدين الذي كفل به فلان بريء وبريء كفيله

(فصل) واذا كان لذي على ذمي خمر فكفيل به ذمي آخر ثم أسلم المكفول له أو المكفول عنه بريء الكفيل والمكفول عنه وقال أبو حنيفة اذا أسلم المكفول عنه لم يبرأ واحد منهما ويلزمهما قيمة الخمر لانه كان واجبا ولم يوجد اسقاط ولا استيفاء ولا وجد من المكفول له ما يسقط حقه فبقي بحاله ولنا أن المكفول به مسلم فلم يجب عليه الخمر كما لو كان مسلما قبل الكفالة واذا بريء المكفول به بريء كفيله كما لو أدى الدين أو أبرأه منه ولانه لو أسلم المكفول له برئا جميعا وكذلك اذا أسلم المكفول به وان أسلم الكفيل وحده بريء من الكفالة لانه لا يجوز وجوب الخمر عليه وهو مسلم

(فصل) فاذا قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن له ذلك كفالة ولا ضامنا الا أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له لان العادة أنه يستقرض من خليطه

أجله باذنه فلزمه تخليصها كما لو استعار عبده فرهنه باذنه فان عليه تخليصه اذا طلبه سيده ، وان كانت بغير اذنه فان طلبه المكفول له لزمه الحضور لان حضوره حق للمكفول له وقد استتاب الكفيل في ذلك وان لم يطلبه المكفول له لم يلزمه الحضور لانه لم يشغل ذمته وانما الكفيل شغلها باختيار نفسه فلم يجوز أن يثبت له بذلك حق على غيره ، وان قال له المكفول له احضر كفيلك كان توكيلا في احضاره ولزمه ان يحضر معه كما لو وكل غيره وان قال اخرج من كفالتك احتمل أن يكون توكيلا في احضاره كاللفظ الاول واحتمل ان يكون مطالبة بالدين الذي عليه فلا يكون توكيلا ولا يلزمه الحضور معه

(فصل) واذا قال رجل لآخر اضمن عن فلان أو اكفل بفلان ففعل كان الضمان والكفالة لازمين للباشر دون الآمر لانه كفيل باختيار نفسه وانما الامر ارشاد وحث على فعل خير فلا يلزمه به شيء (فصل) ولو قال أعط فلانا ألفا ففعل لم يرجع على الآمر ولم يكن ذلك كفالة ولا ضامنا الا

أن يقول أعطه عني وقال أبو حنيفة يرجع عليه اذا كان خليطا له ولنا انه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطا ولا يلزم اذا كان له عليه مال فقال اعط فلانا حيث يلزمه لانه لم يلزمه لاجل هذا القول بل لان عليه حقا يلزمه أدائه

(فصل) ولو تكفل اثنان بواحد صح وأبهم قضى الدين بريء الآخر لما ذكرنا في الضمان وان سلم المكفول به نفسه بريء كفيله وان أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر لان احدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء فلم تنحل الاخرى كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهين من غير قضاء الحق بخلاف ما اذا سلم المكفول به نفسه لانه أصل لها فاذا بريء الاصل مما تكفل به عنه بريء كفيله لانها فرعاه وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر فلم يبرأ ببراءته وكذلك لو أبرأ المكفول به بريء كفيله ولو أبرأ أحد الكفيلين وحده لم يبرأ الآخر

ولنا أنه لم يقل أعطه عني فلم يلزمه الضمان كما لو لم يكن خليطاً ولا يلزم إذا كان له عليه مال فقال أعطه فلانا حيث يلزمه لأنه لا يلزمه لاجل هذا القول بل لأن عليه حقاً يلزمه أداؤه

(فصل) إذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فأتى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لأنه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، فإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لا يكرهه على إلقائه ولا ضمن له، وإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل ضمانه ذكره أبو بكر لأن ضمان مالم يجب صحيح وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم قال القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمته حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق (فصل) قال مهنا : سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاًين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قلت فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

(مسئلة) (ولو تكفل واحد غريباً لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر) لأن عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة عقدتين فقد ألزم احضاره عن كل واحد منهما فإذا أحضره عند أحدهما بريء منه كما لو كان في عقدتين وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفا أحدهما حقه

(فصل) وإذا كانت السفينة في البحر وفيها متاع خفيف غرقها فأتى بعض من فيها متاعه في البحر لتخفف لم يرجع به على أحد سواء ألقاه محتسباً بالرجوع أو متبرعاً لأنه ألتف مال نفسه باختياره من غير ضمان، وإن قال له بعضهم ألق متاعك فألقاه فكذلك لأنه لم يكرهه ولا ضمن له فإن قال ألقه وعلي ضمانه فألقاه فعلى القائل الضمان ذكره أبو بكر لأن ضمان مالم يجب صحيح، وإن قال ألقه وأنا وركبان السفينة ضماناً له ففعل فقال أبو بكر يضمه القائل وحده إلا أن يتطوع بقيتهم، وقال القاضي إن كان ضمان اشتراك فليس عليه إلا ضمان حصته لأنه لم يضمن الجميع إنما ضمن حصته وأخبر عن سائر ركبان السفينة بضمان سائره فلزمه حصته ولم يقبل قوله في حق الباقيين، وإن كان ضمان اشتراك وانفراد بان يقول كل واحد منا ضامن لك متاعك أو قيمته لزم القائل ضمان الجميع وسواء قال هذا والباقيون يسمعون فسكتوا أو قالوا لا نفعل أو لم يسمعوا لأن سكوتهم لا يلزمهم به حق

(فصل) قال مهنا سألت أحمد عن رجل له على رجل ألف درهم فأقام بها كفيلاًين كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذه بحقه فأحال رب المال عليه رجلاً بحقه فقال يبرأ الكفيلان قال فإن مات الذي أحاله عليه بالحق ولم يترك شيئاً قال لا شيء له ويذهب الألف

كتاب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) وقال الله تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليبيني بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل مالم) والخطاء هم الشركاء ومن السنة ما روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يقول الله أنا ثالث الشريكين مالم يحن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى، والشركة على ضربين شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود وهي أنواع خمسة شركة العنان، والابدان، والوجوه والمضاربة، والمفاوضة، ولا يصح شيء منها إلا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف في المال فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه

باب الشركة

الشركة هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف وهي ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله (سبحانه وتعالى فهم شركاء في الثلث) وقال تعالى (وان كثيراً من الخطاء ليبيني بعضهم على بعض) الآية والخطاء هم الشركاء، ومن السنة ما روي ان البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه وما كان نسيئة فردوه . وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يقول الله عز وجل أنا ثالث الشريكين مالم يحن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما » رواه أبو داود وروي عن النبي ﷺ أنه قال « يد الله على الشريكين مالم يتخاونا » وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها نبيها ان شاء الله تعالى ، والشركة نوعان شركة املاك وشركة عقود وهذا الباب لشركة العقود

(مسئلة) (وهي على خمسة أضرب أحدها شركة العنان والثاني شركة المضاربة وشركة الوجوه وشركة الابدان وشركة المفاوضة ، ولا يصح شيء منها الا من جائز التصرف لانه عقد على التصرف فلم يصح من غير جائز التصرف في المال كالبيع

(فصل) قال أحمد يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه ويكون

ويكون هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الثراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس انه قال : لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم يثبت انتشاره بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عندهم يهودي على شئير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم ما ليس بطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه ما لو اشترى به ميتة أو عامل بالربا وما خفي أمره

هو الذي يليه لانه يعمل بالربا وبهذا قال الحسن والثوري، وكره الشافعي مشاركتهم مطلقاً لانه روي عن عبد الله بن عباس أنه قال أكره أن يشارك المسلم اليهودي ولا يعرف له مخالف في الصحابة ولان مال اليهودي والنصراني ليس بطيب فانهم يبيعون الحمر ويتعاملون بالربا فكرهت معاملتهم ولنا ما روى الحلال باسناده عن عطاء قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مشاركة اليهودي والنصراني إلا أن يكون الثراء والبيع بيد المسلم ولان العلة في كراهة ما خلوا به معاملتهم بالربا وبيع الحمر والخنزير وهذا منتف فيما حضره المسلم أو وليه وقول ابن عباس محمول على هذا فانه علل بكونهم يربون كذلك رواه الاثرم عن أبي حمزة عن ابن عباس أنه قال لا تشاركن يهوديا ولا نصرانياً ولا مجوسياً لانهم يربون وان الربا لا يحل وهو قول واحد من الصحابة لم ينتشر بينهم وهم لا يحتجون به وقولهم ان أموالهم غير طيبة لا يصح فان النبي صلى الله عليه وسلم قد عاملهم ورهن درعه عندهم يهودي على شئير أخذه لاهله وأرسل إلى آخر يطلب منه ثوبين إلى الميسرة وأضافه يهودي بخبز وإهالة سنخة ولا يأكل النبي صلى الله عليه وسلم الا الطيب وما باعوه من الحمر والخنزير قبل مشاركة المسلم فتمنه حلال لا اعتقادهم حله ولهذا قال عمر رضي الله عنه ولو هم يبيعها وخذوا أمانها فاما ما يشتره أو يبيعه من الحمر بمال الشركة أو المضاربة فانه يقع فاسداً وعليه الضمان لان عقد الوكيل يقع للموكل والمسلم لا يثبت ملكه على الحمر والخنزير فأشبهه شراء الميتة والمعاملة بالربا وما خفي أمره ولم يعلم فهو مباح

فلم يعلم فالاصل اباخته وحله ، فاما المجوسي فان احمد كره مشاركته ومعاملته قال ما أحب مخالطته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا ، قال حنبل قال عمي لا تشاركه ولا تضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته وإن فعل صح لان تصرفه صحيح

(مسئلة) قال (وشركة الابدان جائزة)

معنى شركة الابدان أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فإرزق الله تعالى فهو بينهم فان اشتركوا فيما يكتسبون من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه احمد في رواية أبي طالب فقال : لا بأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والتقالين والحمالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يجيئ بئيه ، وفسر احمد صفة الشركة في الفئمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يخص به دون الغامين وهذا قال مالك ، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالأحشاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

الاصل فأما المجوسي فان أحمد كره مشاركته ومعاملته لانه يستحل مالا يستحل هذا قال حنبل قال عمي لا يشاركه ولا يضاربه وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب لترك معاملته والكراهة لمشاركته فان فعل صح لان تصرفه صحيح

(فصل) وشركة العنان ان يشترك اثنان بمالهما ليعملا فيه يديهما وربحه لهما فينفذ تصرف كل واحد منهما فيهما بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه ، وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها بهذا الاسم ف قيل سميت بذلك لانها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فريسهما وتساويا في السير فان عنايهما يكونان سواء وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت الي حاجبها اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعاتة وهي المعارضة يقال طئت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء

(مسئلة) (ولا تصح الا بشرطين أحدهما ان يكون رأس المال دراهم او دنانير)

ولا خلاف في أنه يجوز أن يجعل رأس المال دراهم أو دنانير اذا كانت غير مغشوشة لانها قيم الاموال وأمان البياعات والناس يشتركون فيها من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى زمننا هذا من غير نكير

(فصل) ولا تصح بالعروض في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب

ولنا ما روى أبو داود والاثرم باسنادهما عن أبي عبيدة بن عبد الله قال : اشتركت أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أحيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين ، ومثل هذا لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أقرم عليه وقال احمد اشرك بينهم النبي صلى الله عليه وسلم ، فان قيل فالمقام مشترك بين الغائبين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت الرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان له أن يدفعها إلى من شاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا ؟ قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها من قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « من أخذ شيئاً فهو له » فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق إلى أخذ شيء فهو له ويجوز ان يكون شرك بينهم فيها بصيونه من الاسلاب والتفل الا أن الاول أصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أحيء أنا وعمار بشيء وأما الثاني فان الله تعالى إنما جعل الغنيمة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزله الله تعالى (يسئلونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ، وبدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ لم يخل إما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أو لم يباحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم ؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لانهم اشتركوا في مباح وفيها ليس بصناعة وهو يمنع ذلك ولان العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال ، وعلى أبي حنيفة

وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك يحيى بن أبي كثير وابن سيرين والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي لان الشركة إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها : لا يجوز وقوعها على أعيانها لان الشركة تقتضي الرجوع عند المفاضلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع عليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمتها فيؤدي إلى أن يشاركه في ثمن ملكه الذي ليس بربح ، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها لأنه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فانها تصير شركة معلقة على شرط وهو يبيع الاعيان وهذا لا يجوز ، وفيه رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض ويجعل رأس المال قيمتها وقت العقد قال أحمد اذا اشتركا في العروض يقسم الربح على ما اشترطا وقال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضاربة بالمنازع فقال جائز فظاهر هذا صحة الشركة بها اختاره أبو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والاوزاعي وحامد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفها في الماين جميعاً وكون ربح الماين بينهما وهو حاصل في العروض كحصوله في الاثمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالاثمان ويرجع

أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالمواشرك في الحياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فانه يصح أن يستنب في تحصيلها بأجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أحدهما بذلك كالتوكيل في بيع ماله (فصل) ونصح شركة الابدان مع اتفاق الصنائع فأما مع اختلافها فقال أبو الخطاب لا تصح وهو قول مالك لان مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمه ويلزم صاحبه ويطلب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف صنائعها لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله ؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه ؟ وقال القاضي تصح الشركة لانها اشتركا في مكسب مباح فصح كالمواشرك في الصنائع ولان الصنائع المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحق فيهما من الآخر فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اختلفت الصنائعان، وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتل أن لا يلزمه ذلك لانها كالوكيلين بدليل صحتهما في المباح ولا ضمان فيهما وان قلنا يلزمه أمكنه تحصيل ذلك بالأجرة أو بمن يتبرع له بعمله ، ويدل على صحة هذا أنه لو قال أحدهما أنا أتقبل وأنت تعمل صحت الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه (فصل) واذا قال أحدهما انا اتقبل وانت تعمل والأجرة بيني وبينك صحت الشركة وقال زفر لا تصح ولا يستحق العامل المسمى وإنما له أجرة المثل

كل واحد منهما عند المفاضلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جعلنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفاضلة بمثلها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يحز وجهاً واحداً لانه لا يمكن الرجوع بمثلها، ووجه الاول انه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثل له كالمضاربة فانه سلم ان المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولا بها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له

(مسئلة) (وهل تصح بالمشوش والفلوس ؟ على وجهين)

اختلف اصحابنا في الشركة بالمشوش من الامان هل تصح ؟ على وجهين (احدهما) لا تصح سواء قل الفش او كثر وبه قال الشافعي، وقال ابو حنيفة ان كان الفش اقل من النصف جاز وان كثر لم يحز لان الاعتبار بالغالب في كثير من الاصول

ولنا انها مشوشة اشبه ماله كان الفش اكثر ولان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب لا يصح فان الفضة اذا كانت اقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا ان يكون الفش قليلا لمصلحة النقد كيسير الفضة في الدينار كالحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن اتحرز منه ولا يؤثر في ربا ولا غيره (والثاني) أن الشركة تصح بناء على صحة الشركة في العروض وقد ذكرنا ذلك ، وحكم النقرة في الشركة بها كالحكم في العروض لان قيمتها تزيد وتنقص اشبهت (المغنى والشرح الكبير) (١٥) (الجزء الخامس)

ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الابدان وتقبل العمل بوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح ويجوز تفاضلهما في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به، ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة ، وللمستأجر دفعها إلى كل واحد منهما وإلى ايها دفعها يرى منها وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانها معاً لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانها يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكانت الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه وقال القاضي يحتل ان لا يلزم احدهما مالزم الآخر لما ذكرنا من قبل، وما يتلف بتعدي احدهما او تفريطه او تحت يده على وجه يوجب الضمان عليه فذلك عليه وحده، وإن أقر احدهما بما في يده قبل عليه وعلى شريكه لان اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا بد من عليه لانه لا بد له على ذلك (فصل) وان عمل احدهما دون صاحبه فالسكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه احد في رواية اسحاق بن هانيء وقد سئل عن الرجلين يشركان في عمل الابدان فيأتى احدهما بشيء ولا يأتي الآخر

العروض، ولا تصح الشركة بالفلوس وبه قال ابو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالك ، ويتخرج الجواز اذا كانت نافقة فان احد قال لا ارى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وابي ثور لانها ممن فاشبهت الدراهم والدنانير، وفيه وجه آخر ان الشركة تجوز بها على كل حال وان لم تكن نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الاول انها تنفق مرة وتسكسد اخرى فاشبهت العروض فاذا قلنا بصحة الشركة بها فانها ان كانت نافقة كان رأس المال مثلها وان كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزافاً لانه لا بد من الرجوع به عند المفاضلة ولا يمكن مع الجهل به ولا يجوز بمال غائب ولا دين لانه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

﴿مسئلة﴾ (الشرط الثاني أن يشترط لكل واحد منهما جزءاً من الربح مشاعاً معلوماً كالنصف والثالث والرابع)

لأنها أحد أنواع الشركة فاشترط علم نصيب كل واحد منهما من الربح كالمضاربة ويكون الربح بينهما على ما شرطاه سواء شرطاً لكل واحد منهما على قدر ماله من الربح أو أقل أو أكثر لان العمل يستحق به الربح بدليل المضاربة وقد يتفاضلان فيه لقوة أحدهما وحذقه فجاز ان يجعل له حظاً

بشيء قال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وابن مسعود يعني حيث اشتركا في شيء سعد بأسيرين واخفق الاخران ولان العمل مضمون عليهما معاً وبضماهما له وجبت الاجرة فيكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بانسان ففصر معه كدانت الاجرة للقصار المستأجر كذا هنا وسواء ترك العمل لمرض او غيره فان طالب احدهما الاخر ان يعمل معه او يقم مقامه من يعمل فله ذلك فان امتنع فللاخر الفسخ، ويحتمل انه متى ترك العمل من غير عذر ان لا يشارك صاحبه في اجرة ما عمله دونه لانه اذا شارك ليعملا جميعاً فاذا ترك احدهما العمل فافوى بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وانما احتمل ذلك فيما إذا ترك احدهما العمل لعذر لانه لا يمكن التحرز منه

(فصل) فان اشترك رجلان لكل واحد منهما دابة على أن يؤجراهما فما رزقهما الله من شيء فهو بينهما صح فاذا تقبلا حمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتها ثم حملاه على البهيمن او غيرهما صح والأجرة بينهما على ما شرطاه لأن تقبلاهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه، وإن أجراهما بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة لم تصح الشركة ولكل واحد منهما اجر دابته لانه لم يجد ضمان الحمل في ذمتها وانما استحق المشتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة

من الربح كالمضارب وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك والشافعي من شرط صحتها كون الربح والخسران على قدر المالكين لان الربح في هذه الشركة يبيع للمالك فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية ولنا أن العمل مما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضل في الربح مع وجود العمل منها كالمضاربين لرجل واحد، وذلك أن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز أن بشرط له زيادة في الربح في مقابلة عمل المضارب، وفارق الوضعية فانها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة

(مسئلة) (وان قال الربح بينهما نصفين) لان إضافته اليها اضافة واحدة من غير ترجيح فاقضى التسوية كقوله هذه الدار بيني وبينك وكذلك في المضاربة اذا قال الربح بينهما

(مسئلة) (فان لم يذكر الربح لم يصح كالمضاربة) لانه المقصود من الشركة فلا يجوز الاخلال به

فملى هذا يكون الربح بينهما على قدر المالكين

(مسئلة) (وان شرط لاحدهما جزءاً مجعولاً لم يصح)

لان الجهالة تمنع تسليم الواجب ولان الربح هو المقصود في الشركة فلم يصح مع الجهالة كالتن والاجرة في الاجارة، وإن قال لك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمانه صح وان جهلاه أو أحدهما لم يصح كالتن في البيع

التي اكرتاهما ولان الشركة اما أن تتمعد على الضمان في ذمهما او على عملها وليس هذا بواحد منهما فانه لم يثبت في ذمهما ضمان ولا عملا بأبدانها ما يجب الاجر في مقابلته، ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح، ولهذا لو قال اجر عبدك وتكون اجرتي بيني وبينك لم تصح كما لو قال بع عبدك وعنه يشترط لم يصح ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان من المباح بأبدانها فان اطان أحدهما صاحبه في التحميل والنقل كان له اجر مثله لأنها منافع وفاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لقصار اداة ولا آخر بيت فاشتركا على ان يعملوا بأداة هذا في بيت هذا والاكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملها والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كاللدايتين اللتين أجراهما لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر اجر عملها واجر الدار والآلة وان كانت لأحدهما آلة وليس للآخر شيء او لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فانفق على ان يعمل بالآلة او في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يربزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شرطاً صح نص عليه في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا، وكره ذلك الحسن والنخعي وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر واصحاب

(مسئلة) (وان شرطاً لأحدهما في الشركة والمضاربة دراهم معلومة أو ربح أحد الثوبين لم يصح) وجملة أنه متى جعل لضيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن يجعل لنفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة. قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على ابطال القراض اذا جعل أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة، وبه قال مالك وأبو ثور والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي، والجواب فيما إذا قال لك نصف الربح الا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما اذا شرط دراهم مفردة، وانما لم يصح لأم بن (أحدهما) انه اذا شرط دراهم معلومة احتل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (اثاني) ان حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تقرر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء فسدت كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به ولان العامل في المضاربة متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توافى في طلب الربح لعدم فائدته منه وحصول نفعه لغيره بخلاف ما اذا شرط له جزء من الربح.

(فصل) وكذلك الحكم اذا شرط لأحدهما ربح أحد الثوبين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه لانه قد يربح في ذلك المعين دون غيره فيختص أحدهما بالربح وهو مخالف لموضوع الشركة ولا نعلم في هذا خلافاً وان دفع اليه ألفاً مضاربة وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي

الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لان الحمل الذي يستحق به العوض منها وللعامل أجر مثله لان هذا ليس من أقسام الشركة إلا ان تدون المضاربة ولا تصح المضاربة بالعروض ولان المضاربة تكون بالتجارة في الاعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكيها ، وقال القاضي يتخرج ان لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر للمالك وان قبل حمل شيء فحملة عليها او حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والثمن له وعليه أجرة مثاها للمالك ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض ثمنها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والارض في المزارعة وقولهم إنه ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا : نعم لكنه يشبه المساقاة والمزارعة فانه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فان المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقة المال وهذا بخلافه ، وذكر القاضي في موضع آخر فيمن استأجر دابة ليعمل عليها بنصف ما برزقه الله تعالى أو ثلثه جاز ، ولا أرى لهذا وجهاً فان الاجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولان هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى التصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يريد

وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز كما لو قال لك نصف ربحي ولان ربح نصفه هو نصف ربحي ، ووجه الاول أنه شرط لاحدهما ربح بعض المال دون بعض فلم يجوز كما لو قال لك ربح هذه الحماسة ولأنه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراده بربح شيء من المال

(مسئلة) (وكذلك الحكم في المساقاة والمزارعة) قياساً على الشركة

(مسئلة) (ولا يشترط أن يخلط المالكين ولا أن يكونا من جنس واحد)

لا يشترط اختلاط المالكين في شركة الثمن اذا عيناها أو احضراها وبه قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بان يحملاه في حانوتها أو في يدوكليهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالكين لانهما إذا لم يخلطاهما فالكل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه ويزيد له دون صاحبه فلم تنعقد الشركة كما لو كان من المسكيل

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يشترط فيه خلط المال كالوكالة ولنا على مالك فلم يكن من شرطه ان تكون أيديهما عليه كالوكالة وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالهما وزيادته لهما لان الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما ، وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالكين فهو من ضمان صاحبه

بالاجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار احمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال: لا بأس بالتوب يدفع بالتك والربح لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا إلى المضاربة ولا إلى الاجارة ونقل ابو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنمة أرجو أن لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله إذا كان على النصف والربع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل احمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده إلى رجل ليكسب عليه ويكون له ثلث ذلك أو ربعه فجائز، والوجه فيه ما ذكرناه في مسئلة الدابة، وان دفع ثوبه إلى خياط ليفصله قصاناً يبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب، وان دفع غزلاً إلى رجل ينسجه ثوباً بثلث ثمنه أو ربعه جاز نص عليه ولم يحزم مالك وابو حنيفة والشافعي شيئاً من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه، وان جعل له مع ذلك دراهم معلومة لم يحزم نص عليه، وعنه الجواز، والصحيح الاول، وقال ابو بكر هذا قول قديم وماروي غير هذا فعليه المعتمد، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يقول لا بأس بالتوب يدفع بالتك والربع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم ودرهمين قال أكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث إذا لم يكن معه شيء راء جائزاً لحديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى خبير على الشطر قيل لابي عبد الله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهماً قال فليجعل له ثلثاً

ولنا أن الوضعية والضمان احد موجبي الشراكة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا (فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخر دنانير نص عليه احمد وبه قال الحسن وابن سيرين، وقال الشافعي لا تصح الشراكة الا ان يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن الا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ولنا انهما من جنس الايمان فصحت الشراكة فيهما كالجنس الواحد، فعلى هذا متى تفاضلا رجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه ثم اقتسما الفضل نص عليه احمد وقال كذا يقول محمد والحسن، وقال القاضي متى أراد المفاضلة قوماً المتباع بنقد البلد وقوماً مال الآخر به ويكون التقويم حين صرفا الثمن فيه ولنا ان هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الايمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً.

(فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وهو قول الحسن والشعبي والنخعي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك لان صاحب المال القليل ان أخذ نصف الربح أخذ مالا يملكه وان أخذ بقدر ماله أخذ شريكه بعض الربح الحاصل بعمله لاستوائهما في العمل ولنا أنهما مالان من جنس الايمان فجاز عقد الشراكة عليهما كما لو تساويا (مسئلة) (وما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشراكة فهو بينهما)

وعشرًا ثلثًا ونصف عشر وما أشبهه ، وروى الاثرم عن ابن سيرين والتخمي والزهرى وأيوب وبلي بن حكيم أنهم أجازوا ذلك، وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكة إلى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفين فالصيد كله للصياد ولصاحب الشبكة أجر مثلها، وقياس ما نقل عن أحمد صحة الشركة وما رزق بينهما على ما شرطاه لأنها عين تسمى بالعمل فيها فصح دفعها ببعض مائها كالارض

(فصل) قال ابن عقيل نهى رسول الله ﷺ عن قفيز الطحان وهو أن يعطي الطحان أفضرة معلومة يطحنها بقفيز دقيق منها، وعلة المنع أنه جعل له بعض معموله أجرا لعمله فيصير الطحان مستحقا له عليه وهذا الحديث لا نعرفه ولا يثبت عندنا صحته وقياس قول أحمد جوازه لما ذكرناه عنه من المسائل (فصل) فإن كان لرجل دابة ولآخر أكاف وجوالقات فاشتركا على أن يؤجراهما والاجرة بينهما نصفان فهو فاسد لأن هذه أعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها إذ تقديره أجر دابته لتكون أجرها بيننا وأوثر جوالقاتي لتكون أجرها بيننا، وتكون الاجرة كلها لصاحب البهيمة لأنه مالك الاصل وللآخر أجر مثله على صاحب البهيمة لأنه استوفى منافع ملكه بعقد، هذا إذا أجر الدابة بما عليها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما لو أجر كل واحد منهما ملكه منفردا فلكل واحد منها أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه اجر عبدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه وللآخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

شركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لأن كل واحد منهما يدفع المال الى صاحبه آمنه وبأذنه له في التصرف وكله ومن شرط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فعلى هذا ما يشترطه كل واحد منهما بعد عقد الشركة فهو بينهما لأن العقد وقع على ذلك فأما ما يشترطه لنفسه فهو له والقول قوله في ذلك لأنه أعلم بنية

(مسئلة) وان تلف أحد المالين فهو من ضمانهما اذا خلط المال وان لم يخلط فكذلك (لان العقد اقتضى ان يكون المالان كمال الواحد فكذلك في الضمان كحال الخلطة وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه وقد ذكرنا ما يدل على خلافه) (مسئلة) (والوضعية على قدر المال)

الوضعية هي الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان متساويا في القدر فالخسران بينهما نصفين وان كان اثلاثا فالوضعية اثلاثا قال شيخنا لا نعلم في ذلك خلافا وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضعية على قدر ملكيهما في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك او لم يكن وسواء كانت الوضعية لتلف أو نقصان في الثمن عما اشتريا به او غير ذلك، والوضعية في المضاربة على المال خاصة لاشياء على العامل منها لان الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو

(فصل) فان اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية ومن الآخر العمل على أن ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول أحمد فانه قد نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على أن لها الاجرة على الصحة وهذا مثله لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تميم بالعمل عليها فهي كالهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولائها وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعاها اليه فأشبه ما لو دفع اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من أحدهم دكان ومن آخر رحى ومن آخر بغل ومن آخر العمل على أن يطحنوا بذلك فما رزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي المقدر فاسد في المستثنين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونهما لا يجوز أن يكون رأس مالها العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفي رأس المال بكامله والراوية ههنا تخلق وتنقص، ولا اجارة لأنها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لا عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فتمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبيه اجر المثل لانه استعمل ملكها بموضع لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة، وأما في المسئلة الثانية فانهم إذا طحنوا لرجل طعاما بأجرة نظرت في عقد

مختص بملك ربه لا شيء فيه للعامل فيكون نقصه من ماله دون غيره وأما يشتركان فيما يحصل من الثمن فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمار وتلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغيره أو غيره لم يكن على العامل شيء.

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (ويجوز لكل واحد منهما أن يبيع ويشترى ويقبض ويقبض ويطالب بالدين ويخاصم فيه ويحيل ويختال ويرد بالعيب ويقر به ويفعل كل ما هو من مصلحة تجارتها) ويجوز لكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة كيف رأى المصلحة لان هذه عادة التجار، وله ان يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين ويطالب به ويحيل ويختال ويرد بالعيب فيما وليه أو وليه صاحبه، وله ان يقر به كما يقبل اقرار الوكيل بالعيب على موكله نص عليه أحمد وكذلك ان أقر بالثمن أو بعضه او اجرة المنادي أو الحمال لان هذا من توابع التجارة فهو كتسليم المبيع واداء ثمنه، ويفعل كل ما هو من مصلحة التجارة. بمطلق الشركة لان مبناها على الوكالة والامانة على ما ذكرنا، فيتصرف كل واحد منهما في المالين بحكم الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه، في الاقالة وجهان أصحهما انه لا يملكها لانها ان كانت يباعا فقد أذن له فيه وان كانت فسخا ففسخ البيع المضر من مصلحة التجارة فذلك كالرد بالعيب والآخر لا يملكها لأنها قد دخلت في الاذن في التجارة وله ان يستأجر من مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت مجرى الاعيان فصار كالشراء والبيع وله المطالبة بالاجر لها وعاليها لان حقوق المقدر لا تختص بالعقد

الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالأجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفردا أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتكم لتطحنوا لي هذا الطعام بكذا فالاجر بينهم ارباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربهه بربع الاجر ويرجع كل واحد منهم على أصحابه بربع أجر مثله ، وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والرحى وهذا الرجل بكذا وكذا لطحن كذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجر مثلهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم ارباعا بناء على ما اذا تزوج اربعا بمهر واحد أو كاتب أربعة أعبد بموض واحد هل يكون العوض ارباعا أو على قدر قيمتهم ؟ على وجهين .

(مسئلة) قال (وان اشترك بدنان بمال احدهما أو بدنان بمال غيرها أو بدن ومال أو مالان وبدن صاحب أحدهما أو بدنان بمالهما تساوى المال أو اختلف فكل ذلك جائز) ذكر أصحابنا الشركة الجائزة اربعا وقد ذكرنا نوعا منها وهو شركة الابدان ، وبقي ثلاثة أنواع ذكرها الحارثي في خمسة أقسام (ثلاثة منها المضاربة) وهي إذا اشترك بدنان بمال أحدهما أو بدن ومال

(فصل) فان ردت السلعة عليه بعيب فله ان يقبلها وان يعطي أرش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لان ذلك قد يكون أحظ من الرد

(مسئلة) (وليس له أن يكاتب الرقيق ولا يزوجه ولا يستقه على مال ولا غيره لان الشركة انعقدت على التجارة وليست هذه الاشياء تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ولا يهب ولا يقرض ولا يحاي لان ذلك ليس بتجارة

(مسئلة) (ولا يضارب بالمال ولا يأخذ به سفتجة ولا يعطيها الا باذن شريكه)

ليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقا ويستحق ربحه لغيره وليس له ان يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن لإيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ، وليس له ان يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطيها لان فيه خطرا فان أذن شريكه في ذلك جاز لانه يصير من التجارة المأذون فيها ، ومعنى قوله يأخذ به سفتجة أنه يدفع الى انسان شيئا من مال الشركة ويأخذ منه كتابا الى بلد آخر ليستوفي منه ذلك المال ، ومعنى قوله يعطيها أنه يأخذ من انسان بضاعة ويعطيها بئمن ذلك كتابا الى بلد آخر ليستوفي ذلك منه فلا يجوز لان فيه خطرا على المال

(مسئلة) (وهل له أن يودع أو يبيع نساء أو يضع أو يوكل فيما يتولى مثله بنفسه أو يرهن أو يرهن ؟ على وجهين)

أومالان وبدن صاحب أحدهما (وقسم منها شركة الوجوه) وهو إذا اشترك بدنان بمال غيرهما فقال القاضي معنى هذا القسم أن يدفع واحد ماله إلى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في الربح بمال غيرهما إلا إذا اخذا المال بحاجتهما فلا يكونان مشتركين بمال غيرهما وهذا محتمل والذي قلنا له وجهه أن كونهما مشتركا فيما بأخذان من مال غيرهما واخترنا هذا التفسير لأن كلام الخرق في هذا التقدير يكون جامعا لأنواع الشركة الصحيحة وعلى تفسير القاضي يكون مغلطا بنوع منها وهي شركة الوجوه ويكون هذا المذكور نوعا من المضاربة ، ولأن الخرق ذكر الشركة بين اثنين وهو صحيح على تفسيرنا ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة وهو خلاف ظاهر قول الخرق (واقسم الخامس) إذا اشترك بدنان بمالهم وهذه شركة العنان وهي شركة متفق عليها فأما شركة الوجوه فهو أن يشترك اثنان فيما يشتريان بحاجتهما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال ، على أن ما اشتريا بينهما نصفين أو أثلاثا أو أرباعا أو نحو ذلك ويبيعان ذلك فما قسم الله تعالى فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو وقته أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئا من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بينهما ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير رؤوس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وبهذا قاله الثوري ومحمد بن الحسين وابن المنذر ، وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صفا من الثياب وقال مالك والشافعي يشترط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شرائط الوكالة

اختلفت الرواية في الإيداع والابضاع على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار وقد تدعوا الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لأنه ليس من الشركة وفيه غرر ، والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة إليه لأنه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى السائل ، وهل له أن يبيع لساء ؟ يخرج على الروايتين في الوكيل والمضارب (أحدهما) له ذلك لأنه عادة التجار والربح فيه أكثر (والأخرى) لا يجوز لأن فيه تغريرا بالمال ، فإن اشترى شيئا بقدره مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى شيئا من ذوات الأمثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضا فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدانه على مال الشركة وليس له ذلك لما ذكره ، قال شيخنا والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة أشبه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز عنه وهل له أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه ؟ على وجهين بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لأنه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بعقد الشركة ما هو أخص منه ودونه لأن التوكيل أخص من عقد الشركة فإن وكل أحدهما ملك الآخر عزله لأن لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل ، وهل لأحدهما أن يرهن أو يرهن بالدين الذي لها ؟ على وجهين أصحهما أن له ذلك عند الحاجة لأن الرهن يراد للإبقاء والارتهان يراد

وانما أنهما اشتركا في الاتباع واذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان ما يتبايعانه بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة ، وقولهم ان الوكالة لا تصح حتى يذكر قدر الثمن والنوع ممنوع على رواية لنا وان سلمنا ذلك فانما يعتبر في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلية في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وشركة العنان فان في ضمنها توكيلا ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فعلى هذا اذا قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان او اطلق الوقت فقال نعم او قال ما اشترت انا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جاز وكانت شركة صحيحة لانه اذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ، ويكون توكيلا له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع أو أطلق ، وكذلك اذا قال ما اشتريناه أو ما اشتراء احدهما من تجارة فهو بينهما فهو شركة صحيحة ، وهما في تصرفهما وما يجب لهما وعليهما وفي اقرارهما وخصوصيتها وغير ذلك بمنزلة شريكي العنان على ما سنذكره ان شاء الله تعالى وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله ، وسميت هذه شركة الوجوه لانها يشتركان فيما يشتركان بجاههما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجهه اذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيها) وفي بعض الآثار أن موسى عليه السلام قال يا رب ان كان قد خلق جاهي عندك فاسلك بحق النبي الامي الذي تبعته في آخر الزمان فأوحى الله تعالى اليه : ما خلق جاهك عندي وانك عندي لوجيه .

الحجة هي الاشارة
لما في متنه من تكرار
السيرة

للاستيفاء وهو ملك الايفاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما ، والثاني ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين ان يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص بالعقد فكذلك ما يراد له وهل له السفر؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة

(فصل) فان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما نفع في التجارة من الابضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطه بآله والسفر به والايداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاغالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجاز له كل ما هو من التجارة ، فاما التمليك بغير عوض كالهبة والخطيطة لغير فائدة والقرض والعق ومكاتبه الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه انما فوض اليه العدل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(مسألة) ١ وليس له ان يستدين على مال الشركة فان فعل فهو عليه وربحه له ، الا أن يأذن شريكه اذا استدان على مال الشركة لم يحز له ذلك فان فعل فهو له له ربحه وعليه وضعته ، قال أحمد في رواية صالح من استدان في المال بوجهه الفأ فهو له ربحه له والوضعية عليه ، وقال القاضي اذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تمليك مال بمال اشبه الصرف ومنصوص أحمد يخالف هذا لانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي انشريك بالمشاركة فيه فلم يحز كما لو ضم اليها الفأ من ماله ، ويقارق الصرف فانه بيع ولابد العين بعين فهو كبيع الثياب بالدرهم فان أذن شريكه في ذلك جاز كبقية افعال التجارة المأذون فيها

(فصل) القسم الثاني ان يشترك بدنان بما لهما وهذا النوع الثالث من أنواع الشرك وهي شركة العنان، ومعناها أن يشترك رجلان بما لهما على أن يعملا فيهما بإبدانهما والربح بينهما وهي جائزة بالاجماع ذكره ابن المنذر، وأما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان فقبل سميت بذلك لانهما يتساويان في المال والتصرف كالفارسين اذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنايهما يكونان سواء، وقال الفراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض يقال عنت لي حاجة اذا عرضت فسيت الشركة بذلك لان كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه، وقيل هي مشتقة من المعانة وهي المعارضة يقال عانت فلانا اذا عارضته بمثل ماله وافعله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعله وهذا يرجع الى قول الفراء

(فصل) ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير قلها قيم الاموال وانما البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ الى زمننا من غير تكبير، فاما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وحرب وحكاة عنه ابن المنذر، وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبي كثير والثوري والشافعي واسحاق وأبو ثور واصحاب الرأي لان اشركة اما ان تقع على اعيان العروض او قيمتها او امانتها: لا يجوز وقوعها على اعيانها لان اشركة تقتضي الرجوع عند المفاعلة برأس المال أو بمثله وهذه لا مثل لها فيرجع اليه وقد يزيد قيمة جنس احدهما دون الآخر

(مسئلة) (وان اخر حقه من الدين جاز)

اذا كان لهما دين حال فأخر احدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا انه اسقط حقه من المطالبة فصح ان يفرد احدهما به كالأبراء

(مسئلة) (وان تقاسم الدين في الذمة لم يصح) نص عليه في رواية حنبل لان الذمة لا تتكافأ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل فاما القسمة بغير تعديل فهي بمنزلة البيع ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسما ثم توى بعض المال رجح الذي توى ماله على الذي لم يتو وبه قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لان الاختلاف لا يمنع القسمة كاختلاف الاعيان وبه قال الحسن واسحاق، فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو اذا أبرأ كل واحد منهما صاحبه وهذا اذا كان في ذمم فاما في ذمة واحدة فلا يمكن القسمة لان القسمة افراز حق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة

(مسئلة) (وان أبرأ من الدين لزم في حقه دون صاحبه) لانه تبرع فلزم في حقه دون صاحبه كالصدقة

(مسئلة) (وكذلك ان أقر بمال سواء أقر بعين أو دين) لان شريكه انما أذن في التجارة وليس الاقرار داخلا فيها، وقال القاضي يقبل اقراره على مال الشركة لان للشريك أن يشتري من غير أن يسلم الثمن في المجلس فلو لم يقبل اقراره بالثمن لضاعت أموال الناس وامتنعوا من معاملته ولان ذلك مما يحتاج اليه في البيع أشبه الاقرار بالعيب

فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدي الى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح، ولا على قيمتها لان القيمة غير متحققة القدر فيفضي إلى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولان القيمة قد تزيد في أحدها قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له، ولا يجوز وقوعها على أثمانها لانها معدومة حال العقد ولا يملكها ولا يملكها ولانه ان أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع وان أراد ثمنها الذي يبيعها به فاتها نصيب شركة معلقة على شرط وهو بيع الاعيان ولا يجوز ذلك، وعن أحمد رواية أخرى ان الشركة والمضاربة تجوز بالعروض وتجعل قيمتها وقت العقد رأس المال قال احمد اذا اشترك في العروض يقسم الربح على ما اشترطا، وقال الاثرم سمعت ابا عبد الله يستل عن المضاربة بالمتاع قال جائز، فظاهر هذا صحة الشركة، اختار هذا ابو بكر وأبو الخطاب وهو قول مالك وابن أبي ليلى وبه قال في المضاربة طائوس والا وزاعي وحامد بن أبي سليمان لان مقصود الشركة جواز تصرفهما في المالكين جميعا وكون ربح المالكين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأمان فيجب ان تصح الشركة والمضاربة بها كالأمان، ويرجع كل واحد منهما عند المفصلة بقيمة ماله عند العقد كما اتا جملنا نصاب زكاتها قيمتها، وقال الشافعي ان كانت العروض من ذوات الامثال كالحبوب والادهان جازت الشركة بها في احد الوجهين لانها من ذوات الامثال اشبهت النقود ويرجع عند المفصلة بثمنها وان لم تكن من ذوات الامثال لم يجز وجها واحدا لانه لا يمكن الرجوع بثمنها

(مسئلة) وعلى كل واحد منهما ان يتولى ما جرت العادة أن يتولاه من نشر الثوب وطيه وختم الكيس واحرازه لان اطلاق الاذن يحمل على العرف، والعرف ان هذه الامور يتولاه بنفسه (فان استأجر من يفعل ذلك فالاجرة عليه) في ماله لانه بذلها عوضا عما يلزمه (وما جرت العادة ان يستتبع فيه) كحمل المتاع ووزن ما ينقل والنداء (فله ان يستأجر من يفعله) من مال القراض لانه العرف

(مسئلة) (فان فعله ليأخذ أجرته فهل له ذلك؟ على وجهين) أحدهما لا يستحقها نص عليه لانه تبرع بما لم يلزمه فلم يكن له أجر كالمراة التي تستحق على زوجها خادما اذا خدمت نفسها وفيه وجه آخر ان له الاجرة لانه فعل ما يستحق الاجرة فيه فاستحقها كالاجنبي

(فصل) قال المصنف رضي الله عنه (والشروط في الشركة ضربان صحيح مثل أن يشترط أن لا يتجر الا في نوع من المتاع أو بلد بعينه أولا يبيع الا بنقد معلوم أو لا يسافر بالمال أو لا يبيع إلا من فلان أو لا يشتري إلا من فلان)

فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولا يعم أو الرجل بما يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة، وقال مالك والشافعي اذا شرط أن لا يشتري الا من رجل بعينه أو ساعة بعينها أو مالا يعم وجوده كالياقوت الاحمر والحل البلق لم يصح لانه يفوت مقصود الشركة والمضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كالمو شرط أن لا يبيع ويشتري الا من فلان أو ان لا يبيع الا بمثل ما اشتري به

ولنا أنه نوع شركة فاستوى فيها ماله مثل من العروض وما لا مثله كالمضاربة وقد سلم أن المضاربة لا تجوز بشيء من العروض ولأنها ليست بنقد فلم تصح الشركة بها كالذي لا مثل له (فصل) والحكم في النقرة كالحكم في العروض لأن قيمتها تزيد وتنقص وهي كالعروض وكذلك الحكم في المغشوش من الائتمان قل الغش أو كثر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان الغش أقل من النصف جاز وإن كثر لم يجز لأن الاعتبار بالغالب في كثير من الأصول ولنا أنها مغشوشة فأشبهه مالهو كان الغش أكثر ولأن قيمتها تزيد وتنقص أشبهت العروض وقولهم الاعتبار بالغالب ليس بصحيح فإن القضة إذا كانت أقل لم يسقط حكمها في الزكاة وكذلك الذهب اللهم إلا أن يكون الغش قليلاً جداً لمصلحة النقد كسبيرة أفضة في الدينار مثل الحبة ونحوها فلا اعتبار به لانه لا يمكن التحرز منه ولا يؤثر في الربا ولا في غيره

(فصل) ولا تصح الشركة بالفلوس وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وابن القاسم صاحب مالک ويتخرج الجواز إذا كانت نافقة فإن أحمد قال لا أرى السلم في الفلوس لانه يشبه الصرف وهذا قول محمد بن الحسن وأبي ثور لأنها ممن فجازت الشركة بها كالدرهم والدنانير، ويحتمل جواز الشركة بها على كل حال نافقة كانت أو غير نافقة بناء على جواز الشركة بالعروض، ووجه الأول أنها تتفق مرة وتكسد أخرى فأشبهت العروض فإذا قلنا بصحة الشركة فيها فإنها إن كانت نافقة كان رأس المال مثلها وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض

ولنا أنها شركة خاصة لا تمنع الربح بالكلية نصحت كما لو شرط أن لا يتجر إلا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بعينه وساعة بعينها كالوكالة، قولهم إنه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع، ويقارق ما اذا شرط أن لا يبيع إلا برأس المال فإنه يمنع الربح بالكلية وكذلك اذا قال لا تبع إلا من فلان ولا تشتري إلا منه فإنه يمنع الربح أيضاً فإنه لا يشتري ما باعه إلا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع إلا ممن اشتريت منه لم يصح لذلك

(مسئلة) (وفاسد مثل ان يشترط ما يعود بجهالة الربح أو ضمان المال أو ان عليه من الوضعية أكثر من قدر ماله أو ان يولييه ما يختار من السلع أو يرتفق بها أو ان لا يفسخ الشركة مدة بعينها، فأيعود بجهالة الربح يفسد به العقد ويخرج في سائرهما روايتان)

الشروط الفاسدة في الشركة والمضاربة تنقسم ثلاثة أقسام :

(أحدها) ما يتنافى مقتضى العقد مثل ان يشترط لزوم المضاربة أو ان لا يعزله مدة بعينها أو ان لا يبيع إلا برأس المال أو أقل أو لا يبيع إلا ممن اشتري منه أو شرط أن لا يشتري أو لا يبيع أو ان يولييه

(فصل) ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً ولا جزئياً لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة ولا يمكن مع الجهل والجزاف ولا يجوز بمال غائب ولا دين لأنه لا يمكن التصرف فيه في الحال وهو مقصود الشركة .

(فصل) ولا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس بل يجوز أن يخرج أحدهما دراهم والآخرون دنانير لمن عليه أحد وبه قال الحسن وابن سيرين وقال الشافعي لا تصح الشركة إلا أن يتفقا في مال واحد بناء على أن خلط المالكين شرط ولا يمكن إلا في المال الواحد ونحن لا نشترط ذلك ، ولا نهما من جنس الأثمان فصحت الشركة فيهما كالجنس الواحد ، ومتى تفادى رجوع هذا بدنانيره وهذا بدراهمهم اقتسما الفضل لمن عليه أحد فقال يرجع هذا بدنانيره وهذا بدراهمه وقال كذا يقول محمد والحسن ، وقال القاضي إذا أراد المفاصلة قوما المتاع بنقد البلد وقوما مال الآخرة ويكون التقويم حين صرف الثمن فيه ولنا أن هذه شركة صحيحة رأس المال فيها الأثمان فيكون الرجوع بجنس رأس المال كما لو كان الجنس واحداً .

(فصل) ولا يشترط تساوي المالكين في القدر وبه قال الحسن والشعبي وانخمي والشافعي واسحاق وأصحاب الرأي وقال بعض أصحاب الشافعي يشترط ذلك ولنا أنهما مالان من جنس الأثمان فجاز عقد الشركة عليهما كما لو تساويا .

ما يختار من السلم أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لأنها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تمنع القسح الجائز بحكم الأصل .

(القسم الثاني) ما يعود بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبيين أو أحد الألفين أو أحد العبدین أو أحد السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقه أو يعضه فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالسكينة ومن شرط المضاربة والشركة كون الربح معلوماً .

(القسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة المقدر ولا مقتضاء مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرضاً أو أن يخدمه في شيء بعينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب أو يستخدم العبد أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعة أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك ، فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا بعضها في غير هذا الموضع معلوماً ومتى اشترط شرطاً فاسداً يعود بجهالة الربح فسدت المضاربة والشركة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فأفسد المقدر كما لو جعل رأس المال خمرأً أو خنزيراً ولأن جهالة تمنع من التسليم فيفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب ، وما عدا هذا من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن المقدر صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره ولأنه

(فصل) ولا يشترط اختلاط المالين إذا عيناها وأحضرهما وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا أن مالكا شرط أن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما أو في يد وكيلهما وقال الشافعي لا يصح حتى يخلط المالين لهما إذا لم يخلطاهما قال كل واحد منهما يتلف منه دون صاحبه أو يزيد له دون صاحبه فلم تعتقد الشركة كما لو كان من المسكيل.

ولنا أنه عقد يقصد به الربح فلم يشترط فيه خلط المال كالمضاربة ولأنه عقد على التصرف فلم يكن من شرطه الخلط كالوكالة، وعلى مالك فلم يكن لمن شرطه أن تكون أيديهما عليه كالوكالة، وقولهم إنه يتلف من مال صاحبه أو يزيد على ملك صاحبه ممنوع بل يتلف من مالها وزيادته لهما لأن الشركة اقتضت ثبوت الملك لكل واحد منهما في نصف مال صاحبه فيكون تلفه منهما وزيادته لهما وقال أبو حنيفة متى تلف أحد المالين فهو من ضمان صاحبه

ولنا أن الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة فتعلق بالشريكين كالربح وكما لو اختلطا.

(فصل) ومتى وقعت الشركة فاسدة فانهما يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله نص عليه أحمد في المضاربة واختاره القاضي وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد كالبيع الفاسد إذا تلف المبيع في يد المشتري إلا أن يكون مال كل واحد منهما ميمزاً وربحه معلوماً فيكون له ربح ماله، ولو ربح في جزء منه ربحاً متميزاً وباقية مختلطة

عقد يصح على مجهول فلم تبطله الشروط الفاسدة كالنكاح والعناق، وفيه رواية أخرى أن العقد يبطل ذكرها القاضي وأبو الخطاب لأنه شرط فاسد فأبطل العقد كالزراعة إذا شرط البذر من العامل وكالشروط الفاسدة في البيع، ودليل فساد هذه الشروط أنها ليست من مصلحة العقد ولا يقتضيها العقد فان مقصوده الربح فكيف يقتضي الضمان ولا يقتضي مدة معينة؟ لأنه جائز

(مسئنة) (وإذا فسد العقد قسم الربح على قدر المالين)

لأن التصرف صحيح لكونه باذن رب المال والوضعية عليه لأن كل عقد لا ضمان في صحيحه لا ضمان في فاسده ويقسم الربح على قدر المالين لأنه نماء المال ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجرة عمله يسقط منها أجرة عمله في ماله ويرجع على الآخر بقدر ما بقي له فان تساوا مالاها وعملها تقاس الدينان واقتسما الربح نصفين وإن فضل أحدهما صاحبه يقاس دين القليل بمثله ويرجع على الآخر بالفضل والوجه الثاني ذكره الشريف أبو جعفر أنهما يقتسمان الربح على ما شرطاه لأنه عقد يجوز أن يكون عوضه مجهولاً فوجب المسمى في فاسده كالنكاح

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجزونه والحجر عليه للسفاه وبالفسخ من أحدهما لأنه عقد جائز فبطل بذلك كالوكالة وإن عزل أحدهما صاحبه أنزل الميزول فلم يكن له أن يتصرف إلا في قدر نصيبه، وللعازل التصرف في الجميع لأن الميزول لم يرجع عن اذنه

كان له ما يميز من ربح ماله وله بحصته باقي ما له من الربح ، واحتار الشريف أبو جعفر انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق أحدهما على الآخر أجر عمله وأجراها مجرى الصحيحة في جميع أحكامها قال لأن أحد قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما اشترطاه واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كأنكاح والمذهب الاول قاله القاضي وكلام أحمد محمول على الرواية الاخرى في تصحيح المضاربة بالعروض لان الاصل كون ربح مال كل واحد لما سلكه لأنه نماؤه وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح فاذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الاصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتبايعين عن ماله

(فصل) وشركة العنان مبنية على الوكالة والامانة لان كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه امنه وبأذنه له في التصرف وكله ، ومن شرط صحتها ان يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف فان اذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها وان عين له جنساً أو نوعاً أو ببلد اتصرف فيه دون غيره لانه متصرف بالأذن فوقه عليه كالوكيل ، ويجوز لكل واحد منهما ان يبيع ويشترى مساومة ومراجعة وتولية ومواضعة وكيف رأى المصلحة لان هذا عادة التجار وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم في الدين

هذا إذا فاض المال وان كان عرضاً فذكر القاضي ان ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالعزل وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال ، وينبغي ان يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال ، وذكر أبو الخطاب انه ينزل مطلقاً وهو مذهب الشافعي قياساً على الوكالة ، فعلى هذا ان اتفاقاً على البيع أو القسمة فعلاً وإن طلب أحدهما القسمة والآخر البيع قسم ولم يبيع ، فان قيل أليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منهما في نصيبه من المتاع فلم يجبر على البيع ، قال شيخنا وهذا إنما يصح اذا كان الربح على قدر المالكين أما اذا زاد ربح أحدهما عن ماله فانه لا يستدرك ربحه بالقسمة فيتعين البيع كالمضاربة .

(فصل) اذا مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله ان يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف لان هذا إتمام للشركة وليس بابتدائها فلا تعتبر شروطها ، وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك الا انه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للعولي عليه ، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو ببعضه لمعين فالوصى له كالوارث فيما ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه اليهم فينزل نصيبه ويفرقه عليهم فان كان على الميت دين تعلق بتركته فليس للوارث امضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى .

ويطالب به ويحيل ويحتال ويرد بالعب فيما يليه هو وفيما يلي صاحبه ، وله أن يستأجر من رأس مال الشركة ويؤجر لان المنافع أجريت بحري الاغيان فصار كالشراء والبيع ، والمطالبة بالاجر لهما وعليهما لان حقوق العقد لا تختص بالعقد .

(فصل) وليس له ان يكاتب الرقيق ولا يعتق على مال ولا غيره ولا يزوج الرقيق لان الشركة تعتقد على التجارة وليست هذه الانواع تجارة سيما تزويج العبد فانه محض ضرر ، وليس له أن يفرض ولا يجابي لانه تبرع وليس له التبرع ، وليس له أن يشارك بمال الشركة ولا يدفعه مضاربة لان ذلك يثبت في المال حقوقاً ويستحق ربحه لغيره وليس ذلك له وليس له أن يخلط مال الشركة بماله ولا مال غيره لانه يتضمن إيجاب حقوق في المال وليس هو من التجارة المأذون فيها ولا يأخذ بالمال سفتجة ولا يعطي به سفتجة لان في ذلك خطراً لم يؤذن فيه وليس له أن يستدين على مال الشركة فان فعل فذلك له ، وله ربحه وعليه وضيعته ، قال احمد في رواية صالح فيمن استدان في المال بوجه ألفاً فهو له وربحه له والوضيعة عليه ، وقال القاضي إذا استقرض شيئاً لزمها وربحه لهما لانه تملك مال بمال فهو كالصرف ونص احمد بخالف هذا ولانه أدخل في الشركة أكثر مما رضي الشريك بالمشاركة فيه فلم يجز كما لو ضم اليها ألفاً من ماله ، ويفارق الصرف لانه يبيع وإبدال عين بغيره فهو كبيع الثياب بالدراهم ، وليس له أن يقر على مال الشركة فان فعل لزم في حقه دون صاحبه سواء أقر بعين أو دين لان شريكه إنما أذن في التجارة

(فصل) قال رضي الله عنه (الثاني المضاربة وهي أن يدفع ماله الى آخر يتجر فيه والربح بينهما) فاهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من اضرب في الارض وهو السفر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل ان يكون من ضرب كل واحد منهما بسهم في الربح ويسميه اهل الحجاز القراض ، قيل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكان صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازن ، وينعقد بلفظ المضاربة والقراض وبكل ما يؤدي معناها لان القصد المعنى لجاز بكل ما دل عليه كالكفالة وهي مجتمعة على جوازها في الجملة . ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن ابيه عن جده ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه اعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق ، وروى مالك عن زيد بن أسلم عن ابيه ان عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتابا به متاعاً وقدا به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراد عمر اخذ رأس المال والربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحه لنا ؟ فقال رجل يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ؟ قال قد جعلته وأخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن الملا عن عبد الرحمن عن ابيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة

وليس الاقرار داخلا فيها ، وإن أقر بسبب في عين باعها قبل إقراره ، وكذلك يقبل إقرار الوكيل على موكله بالبيع نص عليه أحد وكذلك إن أقر ببيعة ثمن البيع أو بجميعة أو بأجر للمنادي أو الحمال وأشباه هذا ينبغي أن يقبل لأن هذا من توابع التجارة فكان له ذلك كتسليم المبيع وأداء ثمنه ، وإن ردت السلعة عليه ببيع فله أن يقبلها وله أن يعطي ارش العيب أو يحط من ثمنه أو يؤخر ثمنه لاجل العيب لأن ذلك قد يكون أحظ من الرد ، وإن حط من الثمن ابتداء أو أسقط ديناً لها عن غريمها لزم في حقه وبطل في حق شريكه لأنه تبرع والتبرع يجوز في حق نفسه دون شريكه ، وإن كان لها دين حال فأخر أحدهما حصته من الدين جاز وبه قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يجوز ولنا أنه أسقط حقه من المطالبة فصح أن ينفرد أحدهما به كالأبراء .

(فصل) وهل لأحدهما أن يبيع نساء ؟ يخرج على روايتين بناء على الوكيل والمضارب وسند ذكر ذلك ، وإن اشترى نساء بنقد عنده مثله أو نقد من غير جنسه أو اشترى بشيء من ذوات الامثال وعنده مثله جاز لأنه إذا اشترى بجنس ما عنده فهو يؤدي مما في يديه فلا يفضي إلى الزيادة في الشركة وإن لم يكن في يده نقد ولا مثلي من جنس ما اشترى به أو كان عنده عرض فاستدان عرضاً فالشراء له خاصة وربحه له وضمانه عليه لأنه استدان على مال الشركة وليس له ذلك على ما أسلفناه ، والأولى أنه متى كان عنده من مال الشركة ما يمكنه أداء الثمن منه يبيعه أنه يجوز لأنه أمكنه أداء الثمن من مال الشركة فأشبهه ما لو كان عنده نقد ولأن هذا عادة التجار ولا يمكن التحرز منه ، وهل له أن يضع أو يودع ؟ على روايتين

عن الحسن أن علياً قال إذا خالف المضارب فلا ضمانهما على ما شرطاً وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولم يعرف لهم في الصحابة مخالف فكان اجماعاً ولأن بالناس حاجة إلى المضاربة فإن الدراهم والاندانير لا تنمي إلا بالتقلب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولا كل من يحسن التجارة له مال فاحتيج إليها من الجانبين فشرعت لدفع الحاجة

(فصل) ومن شرط صحتها تقدير نصيب العامل لأنه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ، فلو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يذكر سهم العامل فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه أحد وهو قول اشوري والشافعي وإسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي ، وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين كالأول وقال والربح بينهما فانه يكون بينهما نصفين كذا هذا ، ولنا أن المضارب إنما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة كما لو قال ولك جزء من الربح ، فاما إذا قال الربح بينهما فان المضاربة تصح وتكون بينهما نصفين لأنه أضافه إليهما إضافة واحدة فلم يربح أحدهما على الآخر فافتضى التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك (مسئلة) (فان قال خذه فاتجر به والربح كله لي فهو ابضاع) لأنه قرن به حكم الابضاع فانصرف إليه (مسئلة) (وان قال والربح كله لك فهو قرض) لا فراض لأن قوله خذه فاتجر به يصلح لهما

(إحداهما) له ذلك لانه عادة التجار وقد تدعو الحاجة إلى الإيداع (والثانية) لا يجوز لانه ليس من الشركة وفيه غرر والصحيح أن الإيداع يجوز عند الحاجة اليه لانه من ضرورة الشركة أشبه دفع المتاع إلى الحمل ، وفي التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه وجهان بناء على الوكيل وقيل يجوز للشريك التوكيل بخلاف الوكيل لانه لو جاز للوكيل التوكيل لاستفاد بحكم العقد مثل العقد والشريك يستفيد بمقد الشركة ماهو أخص منه ودونه لان التوكيل أخص من عقد الشركة فان وكل أحدهما ملك الآخر عزله لان لكل واحد منهما التصرف في حق صاحبه بالتوكيل فكذلك بالعزل، وهل لأحدهما أن يرهن بالدين الذي عليهما أو يرهن بالدين الذي لهما؟ على وجهين (أصحهما) أن له ذلك عند الحاجة لان الرهن يراد للإبقاء والارتهان يراد للاستيفاء وهو يملك الإبقاء والاستيفاء فملك ما يراد لهما (والثاني) ليس له ذلك لان فيه خطراً ولا فرق بين أن يكون ممن ولي العقد أو من غيره لكون القبض من حقوق العقد وحقوق العقد لا تختص العاقد فكذلك ما يراد له ، وهل له السفر بالمال ؟ فيه وجهان نذكرهما في المضاربة ، فاما الاقالة قالوا ولي انه يملكها لأنها إن كانت بيعاً فهو يملك البيع وإن كانت فسخاً فهو يملك الفسخ بالرد بالعيب اذا رأى المصلحة فيه فكذلك يملك الفسخ بالاقالة اذا كان الحظ فيه فانه قد يشتري ما يرى أنه قد غبن فيه ، ويحتمل أن لا يملكها اذا قلنا هو فسخ لان الفسخ ليس من التجارة ، وان قال له اعمل برأيك جاز له أن يعمل كل ما يقع في التجارة من الإبضاع والمضاربة بالمال والمشاركة به وخطئه بماله

وقد قرن به حكم القرض فانصرف اليه وان قال مع ذلك فلا ضمان عليك فهو قرض شرط فيه نفى الضمان فلا ينتفي شرطه كما لو صرح به فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك

(مسئلة) (وان قال خذه مضاربة والربح كله لك أو لي لم يصح)

وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا قال والربح كله لي كان إِبضاعاً صحيحاً لانه أثبت له حكم الإبضاع فانصرف اليه كما لو قال أنجز به والربح كله لي ، وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لانها دخلا في القراض فاذا شرطه لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمتص صحة العقد

ولنا ان المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فاذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كالمو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما ، وبفارق ما اذا لم يقل مضاربة لان اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الإبضاع والقرض بخلاف ما اذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لان الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب

(مسئلة) (ولو قال لك ثلث الربح صح والباقي لرب المال) اذا قدر نصيب العامل فقال لك ثلث الربح أو رבעه أو جزء معلوم صح والباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نأؤه وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فاشترط له استحققه وما بقي فرب المال بحكم الاصل

(مسئلة) (وان قال ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان)

والسفر به والاياداع والبيع نساء والرهن والارتهان والاقالة ونحو ذلك لانه فوض اليه الرأي في التصرف الذي تقتضيه الشركة فجازله كل ما هو من التجارة ، فأما ما كان تمليكاً بغير عوض كالمطبخة والحطيطة لنير فائدة والقرض والعق ومكانة الرقيق وتزويجهم ونحوه فليس له فعله لانه إنما فوض اليه العمل برأيه في التجارة وليس هذا منها

(فصل) وإن أخذ أحدهما مالا مضاربة فربحه له ووضعته عليه دون صاحبه لانه يستحق ذلك في مقابلة عمله وليس ذلك من المال الذي اشتركا فيه ، وقد قال أصحابنا في المضاربة إذا ضارب لرجل آخر ردما حصل من الربح في شركة الاول اذا كان فيه ضرر على الاول فيجزيه هنا مثله

(فصل) والشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحد الشريكين وجنونه والحجر عليه للسفه وبالفسخ من أحدهما لأنها عقد جائز فبطلت بذلك كالوكالة ، وإن عزل أحدهما صاحبه انزل الميزول فلم يكن له أن يتصر إلا في قدر نصيبه وللمازل التصرف في الجميع لان الميزول لم يرجع عن اذنه ، هذا اذا كان المال ناضا وإن كان عرضا فذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أنه لا ينزل بالميزول وله التصرف حتى ينض المال كالمضارب اذا عزله رب المال وينبغي أن يكون له التصرف بالبيع دون المعاوضة بسلمة أخرى أو التصرف بغير ما ينض به المال وذكر أبو الخطاب أنه ينزل مطلقا وهو مذهب الشافعي لانه عقد جائز فأشبه الوكالة ، فعلى هذا ان اتفقا على البيع أو القسمة فعلا وإن طلب أحدهما القسمة والآخر اليم أحجب طالب القسمة دون طالب البيع ، فإن قيل ليس إذا فسخ رب المال المضاربة فطلب

أحدهما لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشرط له شيء فتكون المضاربة (فاسدة) والثاني يصح ويكون الباقي للعامل وهو قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لا يستحقه غيرهما فإذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر بمفهوم اللفظ كما علم ذلك من قوله تعالى (وورثه أبواه فلائمه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعلم ان الباقي له لانه لو قال أوصيت به هذه المائة لزيد وعمرو ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمرو وكذا هنا وهي أصح

(فصل) فإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن الباقي صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذا اذا ذكر البعض وترك البعض ، وإن قال خذ مضاربة على الثلث أو قال بالثلث صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يراد لاجله لان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل وهو يقل ويكثر وإنما تقدر حصته بالشرط فكان الشرط له وهو مذهب الشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل قليلا كان أو كثيراً) لما ذكرنا واليمين على مدعيه لانه يحتمل خلاف ما قاله فيجب اليمين لنفي الاحتمال كما يجب على المنكر لنفي ما يدعيه المدعي (فصل) وإن قال خذ مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وله خمسة أسباع الربح لان

العامل البيع أجيب اليه ؟ فالجواب أن حق العامل في الربح ولا يظن الربح الا بالبيع فاستحقه العامل لوقوف حصول حقه عليه ، وفي مسئلتنا ما يحصل من الربح يستدركه كل واحد منها في نصيبه من المتاع فلم يحجر على البيع

(فصل) فان مات أحد الشريكين وله وارث رشيد فله أن يقيم على الشركة ويأذن له الشريك في التصرف وله المطالبة بالقسمة فان كان مولياً عليه قام وليه مقامه في ذلك إلا أنه لا يفعل الا ما فيه المصلحة للمولي عليه، فان كان الميت قد وصى بمال الشركة أو بعمضة لمعين فالموصى له كالوارث فيها ذكرنا وان وصى به لغير معين كالفقراء لم يحجز للوصي الاذن في التصرف لانه قد وجب دفعه انهم فيعزل نصيبهم ويفرقه بينهم وان كان على الميت دين تعاق بتركته فليس للوارث إضاء الشركة حتى يقضي دينه فان قضاء من غير مال الشركة فله الاتمام وان قضاء منه بطلت الشركة في قدر ما قضى

(فصل) القسم الثالث أن يشترك بدن ومال وهذه المضاربة وتسمى قراضاً أيضاً ومعناها ان يدفع رجل ماله الى آخر يتجر له فيه على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه فأهل العراق يسمونه مضاربة مأخوذة من الضرب في الارض وهو السقر فيها للتجارة قال الله تعالى (وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله) ويحتمل أن يكون من ضرب كل واحد منها في الربح

هذا معناه وان قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وان قال لك ربيع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أثمان ونصف ثمن ، وسواء عرفا الحساب أو جهلاء لان ذلك أجزاء معلومة مقدرة أشبه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفعل كذهبننا

(فصل) ويجوز أن يدفع مالا الى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لهما جزءاً من الربح بينهما نصفين صح وان قال لك كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو بينهما فهو بينهما نصفان لان اطلاق قوله لكما يقتضي التسوية كما لو قال لعامله الربح يتنا ، وان شرط لاحدهما ثلث الربح وللآخر ربيعه والباقي له جاز وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لانهما في العمل بأبدانهما فلم يحجز تفاضلها في الربح كشرطي الابدان

ولنا ان عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز ان يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفردا ولانهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فجاز تفاضلها في الموضع كالأجيرين ، وشركة الابدان كسئلنا لا يجب التساوي فيها ثم الفرق بينهما ان ذاك عقد واحد وهذان عقدان

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بالثمن لهما جاز فان شرطاً له ربحاً متساوياً منها جاز وكذلك ان شرط أحدهما له النصف والآخر الثلث ويكون باقي ربيع مال كل واحد منهما له ، وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يحجز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي عن أبي حنيفة وأبي ثور

بسم ، وبسميه أهل الحجاز القراض قليل هو مشتق من القطع يقال قرض الفأر الثوب اذا قطعه فكأن صاحب المال اقتطع من ماله قطعة وسلمها الى العامل واقتطع له قطعة من الربح ، وقيل اشتقاقه من المساواة والموازنة يقال تقارض اشاعران اذا وازن كل واحد منهما الآخر بشعره وههنا من العامل العمل ومن الآخر المال فتوازننا . وأجمع أهل العلم على جواز المضاربة في الجملة ذكره ابن المنذر وروي عن حميد بن عبد الله عن أبيه عن جده أن عمر بن الخطاب أعطاه مال يتيم مضاربة يعمل به في العراق وروي مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنه خرجا في جيش الى العراق فتسلفا من أبي موسى مالا وابتما به متاوقدا به الى المدينة فباعاه وربحا فيه فأراء عمر أخذ رأس المال واربح كله فقالا لو تلف كان ضمانه علينا فلم لا يكون ربحة لنا ؟ فقال رجل يأمر المؤمنين لو جعلته قراضا ؟ قال قد جعلته واخذ منها نصف الربح ، وهذا يدل على جواز القراض وعن مالك عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده أن عثمان قارضه وعن قتادة عن الحسن أن علياً قال : اذا خاف المضارب فلا ضمان هما على ما شرطوا وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا يخاف لهما في الصحابة فحصل اجماعا ولان بالناس حاجة الى المضاربة فان الدرهم والدنانير لا تفي الا بالتقليب والتجارة وليس كل من يملكها يحسن التجارة ولان كل من يحسن التجارة له رأس مال فاحتيج اليها من الجانبين فشرعها الله تعالى لدفع الحاجتين . اذا ثبت هذا فانها تعتقد بلفظ

ولنا أن احدهما يحصل له من ربح ماله النصف والآخر الثلثان فاذا شرط التساوي فقد شرط احدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) اذا شرط جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فان شرطاه لعبد أحدهما أو لعبيدهما صح وكان مشروطاً لسيده فاذا جملا الربح بينهما وبين عبد أحدهما اثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث وان شرطاه لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاه عليه عملاً مع العامل صح وكانا عاملين وان لم يشرطا عليه عملاً لم تصح المضاربة وبه قال الشافعي ، وحكي عن أصحاب الرأي انه يصح ، والجزء المشروط له لرب المال سواء شرط لقريب العامل أو قريب رب المال أو لأجنبي لان العامل لا يستحق الا ما يشرطه ورب المال يستحق الربح بحكم الاصل والاجنب لا يستحق شيئاً لان الربح انما يستحق بمال أو عمل وليس له واحد منهما وما شرط لا يستحقه فرجع الى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود الى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دارهم معلومة وان قال لك الثلثان على أن تعطي امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان فاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرنا

المضاربة والقراض لأنهما لفظان موضوعان لها أو بما يؤدي معناها لأن المقصود المعنى فجاز بما دل عليه كلفظ التملك في البيع

(فصل) وحكمها حكم شركة العنان في أن كل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب عمله وما منع منه الشريك منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه

(فصل) القسم الرابع أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لأحدهما ألف وللآخر ألفان فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيها على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه وللعامل ربعه وذلك لأنه جعل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصة ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه وحصة مال شريكه أربعة أسهم، للعامل سهم وهو الربح، فإن قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع؟ قلنا إنما منع الإشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنعه من التصرف فلا تمنع من صحة المضاربة، فإن شرط للعامل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لأن المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال ربح مالك لك وربح

(فصل) وحكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أو لا يفعله وفيما يلزمه فعله وفي الشروط كما جاز للشريك عمله جاز للمضارب وما منع منه المضارب وما اختلف فيه ثم فهنا مثله، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة وما لا يجوز ثم لا يجوز هنا على ما فصلناه لأنها في معناها **مسألة** (وإذا فسدت فالربح لرب المال وللعامل الاجرة وعنه أنه الأقل من الاجرة أو ما شرط له من الربح) الكلام في المضاربة الفاسدة في فصول ثلاثة (أحدها) أنه إذا تصرف العامل نفذ تصرفه لأنه أذن فيه رب المال فإذا بطل عقد المضاربة بقي الأذن فملك به التصرف كالوكيل، فإن قيل فلو اشترى الرجل شراء فاسداً ثم تصرف فيه لم ينفذ مع أن البائع قد أذن له في التصرف؟ قلنا لأن المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالأذن فإن أذن البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرط من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الأذن لأنه أذن له في تصرف ما يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لأنه تمام ماله وإنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق به شيئاً ولكن له أجر مثله نص عليه وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرط له واحتج بما روي عن أحمد أنه قال إذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاً قال وهذه شركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة

مالي لي فقبل الآخر كان إبطا لا غير وبهذا كله قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز ان يضم الي القراض شركة كما لا يجوز ان يضم اليه عقد اجارة . ولنا انهما لم يجعلا أحد المقدين شرطا للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزا

(فصل) اذا دفع اليه الفا مضاربة وقال أضف اليه الفا من عندك وأجرها والربح بيننا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضا ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان الشركة اذا وقعت على المال كان الربح تابعاً له دون العمل . ولنا انهما تساويا في المال وانفرد احدهما بالعمل فجاز ان ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له مال قولهم ان الربح تابع للمال وحده ممنوع بل هو تابع لما كما انه حاصل بهما فان شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا انه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربح مال العامل المنفرد ، وفارق شركة العنان لان فيها عملاً منها فجاز ان يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وان جعلنا الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان إبطا كما تقدم وان قالوا مضاربة فسد العقد لما سذكروه انشاء الله تعالى

(فصل) القسم الخامس ان يشترك بدنان بمال احدهما وهو أن يكون المال من أحدهما والعمل منهما مثل ان يخرج احدهما الفا ويعملان فيه معا والربح بينهما فهذا جائز ونص عليه احمد في رواية ابني

فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال والاجر له وجعل احكامها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا ذلك قال القاضي ابو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام احمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض ، وحكي عن مالك انه يرجع الى قراض المثل وحكي عنه ان لم يربح فلا اجر له ، ومقتضى هذا انه ان ربح فله الاقل مما شرط له او اجر مثله وعن احمد مثل ذلك لان الاجرة ان كانت اكثر فقد رضي باسقاط الزائد منها عن المسمى لرضائه به وان كانت اقل لم يستحق اكثر منها لفساد التسمية بفساد العقد لانه لو استحق اجر المثل لتوسل الى فساد العقد وأدى الى الخسران والمشهور الاول لان تسمية الربح من تواجد المضاربة او ركن من اركانها فاذا فسدت فسدت اركانها وتوابعها كالصلاة ، ومنع وجوب المسمى في التكاح الفاسد واذا لم يجب له المسمى وجب اجر المثل لانه إنما عمل ليأخذ المسمى فاذا لم يحصل له وجب رد عمله اليه وهو متعذر فتجب قيمته وهي اجر مثله كما لو تبايعا فاسداً وتقاوضا وتلف احد العوضين في يد قابضه وجب رد بدله ، فعلى هذا له أجر المثل سواء ظهر في المال ربح أو لم يطر فان رضي المضارب بالعمل بغير عوض مثل ان يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح انه لا شيء للمضارب ههنا لانه تبرع بعمله أشبه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو اخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) ان لا يضمن ما تلف بغير تعديده وتقريطه لان ما كان المقبوض في صحبه

الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق الشروط له من الربح بعمله في مال غيره وهذا هو حقيقة المضاربة، وقال أبو عبد الله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب إذا شرط ان يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر، قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال إلى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال إلى المضارب فإذا شرط عليه العمل فلم يسلمه لان يده عليه فيخالف موضوعها، وتأول القاضي كلام أحمد والخزقي على أن رب المال عمل من غير اشتراط

ولنا أن العمل أحد ركني المضاربة فجاز أن يفرد به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالمال وقولهم إن المضاربة تقتضي تسليم المال إلى العامل ممنوع إنما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكهما في العمل ولهذا لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليم المال إلى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر الصحابة ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه ضمه إليه كما يصح أن يضم إليه بهيمة يعمل عليها (فصل) وأما شركة المفاوضة فنوعان (أحدهما) أن يشتركا في جميع أنواع الشركة مثل أن يجعلا

مضمونا كان مضمونا في فاسده ومالم يضمن في صحيحه لم يضمن في فاسده، وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن ولنا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلا يضمن في فاسده كالوكالة ولأنها إذا فسدت صارت اجارة ولا يضمن الاجير ما تلف بغير فعله ولا تعديده كذلك ههنا (مسئلة) (وإن شرطاً تأقيت المضاربة فهل تفسد ؟ على روايتين)

وتأقيتها ان يقول ضاربك على هذه الدرام سنة فإذا مضت السنة فلا تبم ولا تشتري (أحدهما) يصح قال منها سألت أحمد عن رجل أعطى رجلاً الفاً مضاربة شهراً فإذا مضى شهر تكون قرضاً قال لا بأس به قلت فإذا جاء الشهر وهي متاع قال اذا باع المتاع يكون قرضاً وهذا قول أبي حنيفة (والتانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لأمر ثلاثة (أحدها) أنه عقد يقع مطلقاً فإذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) أنه ليس من مقتضى العقد ولا فيه له مصلحة أشبه اذا شرط ان لا يبيع، وبيان أنه ليس من مقتضى العقد أنه يقتضي ان يكون رأس المال ناضاً فإذا منعه البيع لم ينقض (الثالث) أن هذا يؤدي إلى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في تبقية المتاع وبيعها بعد السنة فيمنع ذلك بمضيها

ولنا أنه تصرف بتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة والمعنى الاول الذي ذكره

بين شركة العنان والوجوه والابدان فيصح ذلك لان كل نوع منها يصح على انفراد فصح مع غيره (والثاني) أن يدخل بينهما في الشركة الاشتراك فيما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو يجده من ركاز أو لقطه ويلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر من ارش جنابة وضمان غصب وقيمة متلف وغرامة الضمان أو كفالة فهذا فاسد وبهذا قال الشافعي ، وأجازة اشوري والاوزاعي وأبو حنيفة وحكي ذلك عن مالك ، وشرط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرج جميع ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير. واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة» ولأنها نوع شركة يختص باسم فكان فيها صحيح كشركة العنان

ولما أنه عقد لا يصح بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح كما ذكرنا ولأن فيه غرراً فلم يصح كيبيع الفرر، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه إلا كساب النادرة ، والخبر لا يعرفه ولا رواء أصحاب السنن ثم ليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فان المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فان اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كيبيع المنابذة والملامسة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح من الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا .

يبطل بالوكالة والوديعة والثاني والثالث يبطل بتخصيصه بنوع من المتاع ولأن لرب المال منعه من التصرف في كل وقت إذا رضي ان يأخذ بماله عرضاً فإذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كما لو قال إذا انقضت السنة فلا تشتر شيئاً وقد سلموا صحة ذلك

(مسئلة) (وان قال به هذا العرض وضارب بئمنه أو قبض ودبعتي وضارب بها أو إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في بيع العرض وقبض الوديعة مأذوناً له في التصرف مؤتمناً عليه فجاز جعله مضاربة كما لو قال قبض المال من غلامي فضارب به ، وأما إذا قال إذا قدم الحاج فضارب بهذا صح) لانه اذن في التصرف فجاز تعاقبه على شرط مستقبل كالوكالة

(فصل) فان كان في يد انسان وديعة فقال له رب الوديعة ضارب بها صح وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذه الاصل وفارق الدين فانه لا يصير ملكاً للغيرم الا بقبضه، فأما ان كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجوز ان يضارب عليها لما نذكره

﴿مسئلة﴾ قال (والربح على ما اصطالحا عليه)

يعني في جميع أقسام الشركة ولا خلاف في ذلك في المضاربة المحضة قال ابن المنذر أجمع أهل العلم على أن للعامل أن يشترط على رب المال ثلث الربح أو نصفه أو ما يجتمعان عليه بعد أن يكون ذلك معلوما جزءا من أجزاء ولأن استحقاق المضارب الربح بعمله فجاز ما يتفقان عليه من قليل وكثير كالأجرة في الإجارة وكالجزء من الثمرة في المساقاة والمزارعة ، وأما شركة العنان وهو أن يشرك بدينان بمالهما فيجوز أن يجعل الربح على قدر المالين ويجوز أن يتساويا مع تفاضلهما في المال وإن تفاضلا فيه مع تساويهما في المال وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي من شرط صححتها كون الربح والخسران على قدر المالين لأن الربح في هذه الشركة تبع للمال بدليل أنه يصح عقد الشركة وإطلاق الربح فلا يجوز تغييره بالشرط كالوضعية

ولنا أن العمل بما يستحق به الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما كالمضاربين لرجل واحد وذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل فجاز له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب ، يحققه أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعا ولكل واحد منهما حصص من الربح إذا كان مفردا فكذلك إذا اجتمعا وأما حالة الإطلاق فإنه لما لم يمكن بينهما شرط يقسم الربح عليه ويتقدر به قدرناه بالمال لعدم الشرط فإذا وجد الشرط فهو الأصل فيصير إليه كالمضاربة يصار إلى الشرط فإذا عدم وقال الربح يتنا كان بينهما نصفين ، وفارق الوضعية فإنها لا تتعلق إلا بالمال بدليل المضاربة ، وأما شركة الابدان فهي معقودة على العمل المجرد وهما يتفاضلان فيه مرة ويتساويان أخرى

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوص فضارب الغاصب به صح لانه مال لرب المال يصح بيعه لغاصبه ولن يقدر على أخذه منه فأشبهه الوديعة فإذا ضارب به سقط ضمان النصب لعقد المضاربة وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمنا وهو مذهب الشافعي لأن القراض لاينا في الضمان بدليل ما لو تعدى فيه

وأنا أنه ممسك للمال بأذن مالك لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه قابضه ماله قبضه وقبضه إياه

﴿مسئلة﴾ (وان قال ضارب بالدين الذي عليك لم يصح) نص عليه أحمد وهو قول أكثر أهل العلم قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أنه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناله على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي ، وقال بعض أصحابنا يحتمل أن يصح لانه إذا اشترى شيئا للمضاربة فقد اشترى بأذن رب المال ودفع الثمن إلى من أذن له في دفع ثمنه إليه فتراذمت منه وبصير كما لو دفع إليه عرضا وقال به وضارب بثمنه وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال أن الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله

فجواز ما اتفقا عليه من مساواة أو تفاضل كما ذكرنا في شركة العنان بل هذه أولى لانعقادها على العمل المجرد ، وأما شركة الوجوه فكلام الحرقي بعمومه يقتضي جواز ما يتفقان عليه من مساواة أو تفاضل وهو قياس المذهب لان سائر الشركات الربح فيها على ما يتفقان عليه فكذلك هذه ولا نها تعتمد على العمل وغيره فجواز ما اتفقا عليه كشركة العنان ، وقال القاضي الربح بينهما على قدر ملكيتهما في المشتري لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال عندهما فيشتركان على العمل والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح .

ولنا أنها شركة فيها عمل فجواز ما اتفقا عليه في الربح كسائر الشركات وقول القاضي لا مال لهما يسلان فيه قلنا إنما يشتركان ليعملا في المستقبل فيما يتخذانه بجاههما كما أن سائر الشركات إنما يكون العمل فيها فيما يأتي فكذلك هنا ، وأما المضاربة التي فيها شركة وهي أن يشترك مالان وبدن صاحب أحدهما مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما فلهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لانه مضارب لصاحبه في ألف ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطاً له دون نصف الربح لم يحز لان الربح يستحق بمال وعمل وهذا الجزء الزائد على النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له فبطل شرطه ، وإن جملا الربح بينهما نصفين فليس هذا

لانه علقه على شرط ، ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط والمذهب الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغريمه بقبضه ولم يوجد القبض هنا ، فإن قال له أعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء له لانه اشترى لغريمه بمال نفسه فحصل الشراء له وإن اشترى في ذمته فكذلك لانه عقد القراض على مالا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) ومن شرط صحة المضاربة كون راس المال معلوم المقدار فإن كان مجهولاً أو جزأاً لم تصح وإن شاهدها وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور وأصحاب الرأي تصح إذا شاهدها والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيما في يده فقام ذلك مقام المعرفة به . ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهدها ولانه لا يدري بكم يرجع عند المفاضلة ويفضي الى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم تصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يبطل بالسلم وبما إذا لم يشاهده

(فصل) ولو حضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمتع صحته الجلالة فلم يحز على غير معين كالبيع (مسئلة) (وان أخرج مالا ليعمل فيه هو وآخر والربح بينهما صح) ذكره الحرقي ونص عليه أحمد في رواية أبي الحارث وتكون مضاربة لان غير صاحب المال يستحق المشروط له من الربح

شركة ولا مضاربة لان شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ولم يجملاله ههنا في مقابلة عمله شيئاً وانما جملا الربح على قدر المالكين وعمله في نصيب صاحبه تبرع فيكون ذلك ابضاعاً وهو جائز ان لم يكن ذلك عوضاً عن قرض فان كان العامل اقترض الالف أو بعضها من صاحبه لم يحجز لانه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه وذلك غير جائز ، واما اذا اشترك بدنان بمال أحدهما مثل أن يخرج أحدهما ألفاً ويكملان جميعاً فيه فان للعامل الذي لا مال له من الربح ما اتفقا عليه لانه مضارب محض فأشبهه بالوالم يعمل معه رب المال ، فحصل بمادركنا أن الربح بينهما على ما اسطاحا عليه في جميع أنواع الشركة سواء ما ذكرنا في المضاربة التي فيها شركة على ما شرحنا (فصل) ومن شرط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل لانه يستحقه بالشرط فلم يقدر إلا به ولو قال خذ هذا المال مضاربة ولم يسم للعامل شيئاً من الربح فالربح كله لرب المال والوضعية عليه وللعامل أجر مثله نص عليه احمد وهو قول الثوري والشافعي واسحاق وأبي ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن وابن سيرين والاوزاعي الربح بينهما نصفين لانه لو قال والربح بينهما نصفين فكذلك اذا لم يذكر شيئاً.

ولنا أن المضارب انما يستحق بالشرط ولم يوجد وقوله مضاربة اقتضى أن له جزءاً من الربح مجهولاً فلم تصح المضاربة به كما لو قال ولك جزء من الربح فاما اذا قال والربح بينهما فان المضاربة تصح

بعمله في مال غيره وهذا حقيقة المضاربة ، وقال أبو عبدالله بن حامد والقاضي وأبو الخطاب اذا شرط أن يعمل معه رب المال لم يصح وهذا مذهب مالك والشافعي والاوزاعي وأصحاب الرأي وأبي ثور وابن المنذر قال : ولا تصح المضاربة حتى يسلم المال الى العامل ويخلى بينه وبينه لان المضاربة تقتضي تسليم المال الى المضارب فاذا شرط عليه العمل فيه فلم يسلمه فيخاف موضوعها وتناول القاضي كلام احمد والخرقي على أن رب المال عمل فيه من غير اشتراط والاول أظهر لان العمل أحد ركبي المضاربة فجاز أن يقرره به أحدهما مع وجود الامرين من الآخر كالل وقولهم ان المضاربة تقتضي تسليم المال الى العامل ممنوع انما تقتضي اطلاق التصرف في مال غيره بجزء مشاع من ربحه وهذا حاصل مع اشتراكها في العمل ولهذا لو دفع ماله الى اثنين مضاربة صح ولم يحصل تسليمه الى أحدهما

(فصل) وان شرط أن يعمل معه غلام رب المال صح وهذا ظاهر كلام الشافعي وقول أكثر أصحابه ومنعه بعضهم وهو قول القاضي لان يد الغلام كيد سيده وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما الجواز لان عمل الغلام مال لسيده فصحه اليه كما يصح ان يضم اليه بهيمته بحمل عليها والثاني لا يجوز لان يد العبد كيد سيده

(فصل) وان اشترك مالان بيدن صاحب احدهما فهذا يجمع شركة ومضاربة وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم لاحدهما الف وللآخر الفان فاذن صاحب الالفين لصاحب الالف

ويكون بينهما نصفين لانه أضافه اليها اضافة واحدة لم يترجح فيها أحدهما على الآخر فاتفق التسوية كما لو قال هذه الدار بيني وبينك ، وان قدر نصيب العامل فقال ولك ثلث الربح أو ربه أو جزءاً معلوماً أي جزء كان فالباقي لرب المال لانه يستحق الربح بماله لكونه نماء وفرعه والعامل يأخذ بالشرط فما شرط له استحققه وما بقي فلرب المال بحكم الاصل ، وإن قدر نصيب رب المال مثل أن يقول ولي ثلث الربح ولم يذكر نصيب العامل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لان العامل إنما يستحق بالشرط ولم يشترط له شيء فتسكون المضاربة فاسدة (والثاني) يصح ويكون الباقي للمال وهذا قول أبي ثور وأصحاب الرأي لان الربح لها لا يستحقه غيرها فاذا قدر نصيب أحدهما منه فالباقي للآخر من مفهوم اللفظ كما علم ذلك من قول الله تعالى (فان لم يكن له ولد وورثته أبواؤه فلا منه الثلث) ولم يذكر نصيب الاب فعمل أن الباقي له ولانه لو قال أوصيت بهذه المائة لزيد وعمر ونصيب زيد منها ثلاثون كان الباقي لعمر وكذا هنا ، وإن قال لي النصف ولك الثلث وسكت عن السدس صح وكان لرب المال لانه لو سكت عن جميع الباقي بعد جزء العامل كان لرب المال فكذلك إذا ذكر بعضه وترك بعضه ، وإن قال خذ مضاربة على اثلث أو النصف أو قال باثلث أو الربع صح وكان تقدير النصيب للعامل لان الشرط يرد لاجله فان رب المال يستحق بماله لا بالشرط والعامل يستحق بالعمل والعمل يكثر ويقل وإنما تتقدر حصته بالشرط فكان الشرط له ، ومتى شرطاً لأحدهما شيئاً واختلفا في الجزء المشروط لمن هو ؟ فهو للعامل قليلاً كان

أن يتصرف فيه على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ويكون لصاحب الالف ثلث الربح بحق ماله والباقي وهو ثلثا الربح بينهما لصاحب الالفين ثلاثة أرباعها وللعامل ربه وذلك لانه جمل له نصف الربح فجعلناه ستة أسهم منها ثلاثة للعامل حصه ماله سهمان وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه ، وحصه مال شريكه أربعة أسهم للعامل سهم وهو الربع ، فان قيل فكيف تجوز المضاربة ورأس المال مشاع ؟ قلنا إنما تمتع الاشاعة الجواز إذا كانت مع غير العامل لأنها تمنعه من التصرف بخلاف ما إذا كانت مع العامل فإنها لا تمنعه من التصرف فلا تمتع صحة المضاربة وان شرط له امل ثلث الربح فقط قال صاحبه بضاعة في يده وليست مضاربة لان المضاربة إنما تحصل إذا كان الربح بينهما فاما إذا قال ربح مالك لك وربح مالي لي فقبل الآخر كان لبضاعة لا غير وبهذا كله قال الشافعي وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة . ولنا أنهم لم يجعلوا أحداً العقدين شرطاً للآخر فلم يمنع من جمعهما كما لو كان المال متميزاً

(فصل) إذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال أضف إليه ألفاً من عندك وانجر بهما والربح يتنا لك ثلثاه ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضاً وقال أصحاب الشافعي لا يجوز لان الشركة إذا وقعت على المال كان الربح تابها له دون العمل

ولنا أنهما تساويا في المال واقررد احدهما بالعمل فجاز أن ينفرد بزيادة الربح كما لو لم يكن له

أو كثيراً لذلك وإن قال خذه مضاربة ولك ثلث الربح وثلث ما بقي صح وكان له خمسة أنساع لأن هذا معناه وإن قال لك ثلث الربح وربيع ما بقي فله النصف وإن قال لك ربع الربح وربيع ما بقي فله ثلاثة أنساع ونصف ثمن وسواء عرفاً بالحساب أو جهلاً لأن ذلك أجزاء معلومة مقدرة فأشبهه ما لو شرط الخمسين ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبنا

(فصل) وإن قال خذه مضاربة ولك جزء من الربح أو شركة في الربح أو شيء من الربح أو نصيب أو حظ لم يصح لأنه مجهول ولا تصح المضاربة إلا على قدر معلوم ، وإن قال خذه ولك مثل ما شرط لفلان وهما يعلمان ذلك صح لأنهما أشارا إلى معلوم عندهما وإن كانا لا يعلمانه أو لا يعلمه أحدهما فسدت المضاربة لأنه مجهول .

(فصل) وإن قال خذ هذا المال فأتجر به وربحه كله لك كان قرضاً لا قرضاً لأن قوله خذه فأتجر به يصلح لها وقد قرن به حكم القرض فانصرف إليه ، وإن قال مع ذلك ولا ضمان عليك فهذا قرض شرط فيه ففي الضمان فلا ينتفي بشرطه كما لو صرح به ، فقال خذ هذا قرضاً ولا ضمان عليك ، وإن قال خذه فأتجر به والربح كله لي كان ابتاعاً لأنه قرن به حكم الابتاع فانصرف إليه فإن قال مع ذلك وعليك ضمانه لم يضمنه لأن العقد يقتضي كونه أمانة غير مضمونة فلا يزول ذلك بشرطه ، وإن قال خذه مضاربة والربح كله لك أو كله لي فهو عقد فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا قال والربح

مال قولهم إن الربح تابع للمال وحده ممنوع بل تابع لها كما أنه حاصل بهما فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يحز ، وقال القاضي يجوز بناء على جواز تفاضلهما في شركة العنان ولنا أنه شرط لنفسه جزء من الربح لا مقابل له فلم يصح كما لو شرط ربيع مال العامل المتفرد ، وفارق شركة العنان لأن فيها عملاً منهما فجاز أن يتفاضلا في الربح لتفاضلهما في العمل بخلاف مسئلتنا وإن جعل الربح بينهما نصفين ولم يقلوا مضاربة جاز وكان ابتاعاً كما تقدم وإن قالوا مضاربة فسد العقد لما ذكرنا

(فصل) وقد ذكرنا أن حكم المضاربة حكم الشركة فيما للعامل أن يفعله أولاً يفعله والذي اختلف فيه في حق الشريك فكذلك في حق عامل المضاربة وهل له أن يبيع نساء إذا لم ينه عنه؟ فيه روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وبه قال مالك وابن أبي ليلى والشافعي لأنه نائب في البيع فلم يحز له ذلك بغير إذن كالوكيل ، يحقق ذلك أن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تقرير بالمال والثانية يجوز له ذلك وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لأن أذنه في التجارة والمضاربة ينصرف إلى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولأنه يقصد به الربح والربح في النساء أكثر والحكم في الوكالة ممنوع ، ثم الفرق بين الوكالة المطلقة والمضاربة أن الوكالة المقصود منها تحصيل الثمن فحسب ولا تختص بقصد الربح فإذا أمكن تحصيله من غير خطر كان أولى ولأن الوكالة المطلقة في البيع

كله لي كان ابضاعاً صحيحاً لأنه أثبت له حكم الابضاع فانصرف إليه كالتى قبلها وقال مالك يكون مضاربة صحيحة في صورتين لأنها دخلا في القراض فإذا شرط لأحدهما فكأنه وهب الآخر نصيبه فلم يمنع صحة العقد .

ولنا أن المضاربة تقتضي كون الربح بينهما فإذا شرط اختصاص أحدهما بالربح فقد شرط ما ينافي مقتضى العقد ففسد كما لو شرط الربح كله في شركة العنان لأحدهما، ويفارق ما إذا لم يقل مضاربة لأن اللفظ يصلح لما أثبت حكمه من الابضاع والقراض بخلاف ما إذا صرح بالمضاربة وما ذكره مالك لا يصح لأن الهبة لا تصح قبل وجود الموهوب .

(فضل) ويجوز أن يدفع مالا إلى اثنين مضاربة في عقد واحد فان شرط لها جزءاً من الربح بينهما نصفين جاز وإن قال لهما كذا وكذا من الربح ولم يبين كيف هو كان بينهما نصفين لأن إطلاق قوله بينهما يقتضي التسوية كما لو قال، لعامله والربح بينهما وإن شرط لأحدهما ثلث الربح وللآخر ربعه وجعل الباقي له جاز وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك لا يجوز لأنها شريكان في العمل بإبدانها فلا يجوز تفاضلها في الربح كشرطي الأبدان

ولنا أن عقد الواحد مع الاثنين عقدان فجاز أن يشترط في أحدهما أكثر من الآخر كما لو انفرد ولأنهما يستحقان بالعمل وهما يتفاضلان فيه فجاز تفاضلها في العوض كالأجيرين ولا أسلم وجوب التساوي في شركة الأبدان بل هي كسثلتنا في جواز تفاضلها ثم الفرق بينهما أن ذلك عقد واحد وهذان عقدان

تدل على أن حاجة الموكل إلى الثمن ناجزة فلم يجوز تأخيرها بخلاف المضاربة، فان قال له اعمل برأيك أو تصرف كيف شئت فله البيع نساء وقال الشافعي ليس له ذلك لأن فيه تعديراً أشبه ما لو لم يقل له ذلك ولنا أنه داخل في عموم لفظه وقريته حاله تدل على رضا برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فإذا قلنا له البيع فالبائع صحيح ومهما فات من الثمن لا يضمنه إلا أن يفرط يبيع من لا يوثق به أو من لا يعرفه فيضمن الثمن المتكسر على المشتري وإن قلنا ليس له البيع نساء فالبائع باطل لأنه فعل ما لم يؤذن له فيه فهو كالبيع من الأجني إلا على الرواية التي تقول يقف بيع الأجني على الإجازة فهنا مثله ، ويحتمل كلام الحنفي صحة البيع فانه قال إذا باع المضارب نساء بغير إذن ضمن ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لأن ذهاب الثمن حصل بتفريطه وإن قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه يتلف المبيع أو امتناع المشتري من رده إليه وإن قلنا بصحته احتمل أن يضمنه بقيمته أيضاً لأنه لم يفت بالبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل أن يضمن الثمن لأنه وجب بالبيع وفات بتفريط البائع ، فعلى هذا أن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب إليه بدليل أنه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وان قارض اثنان واحداً بألف لهما جاز واذا شرطاً له ربحاً متساوياً منهما جاز وان شرطاً أحدهما له النصف والآخر الثلث جاز. ويكون باقي ربح مال كل واحد منهما لصاحبه وان شرطاً كون الباقي من الربح بينهما نصفين لم يحز وهذا مذهب الشافعي وكلام القاضي يقتضي جوازه وحكي ذلك عن أبي حنيفة وأبي ثور

ولنا أن أحدهما يبقى له من ربح ماله النصف والآخر يبقى له الثلثان فإذا اشترطاً التساوي فقد شرط أحدهما للآخر جزءاً من ربح ماله بغير عمل فلم يحز كما لو شرط ربح ماله المنفرد

(فصل) واذا شرطاً جزءاً من الربح لغير العامل نظرت فإن شرطاً لبيد أحدهما أو لبيدتهما صح وكان ذلك مشروطاً لسيده فإذا جملاً الربح بينهما وبين عبيدهما أثلاثاً كان لصاحب العبد الثلثان وللآخر الثلث، وإن شرطاً لأجنبي أو لولد أحدهما أو امرأته أو قريبه وشرطاً عليه عملاً لم يصح وكانا عاملين، وإن لم يشترطاً عليه عملاً لم تصح المضاربة وبهذا قال الشافعي وحكي عن أصحاب الرأي أنه يصح والجزء المشروط له لرب المال سواء شرطاً لقريب العامل أو لقريب رب المال أو لأجنبي لأن العامل لا يستحق إلا ما شرط له ورب المال يستحق الربح بحكم الأصل والأجنبي لا يستحق شيئاً لأنه إنما يستحق الربح بمال أو عمل وليس هذا واحداً منهما فما شرط لا يستحقه ف يرجع إلى رب المال كما لو ترك ذكره

ولنا أنه شرط فاسد يعود إلى الربح ففسد به العقد كما لو شرط دراهم معلومة وإن قال لك

(فصل) وهل له السفر بالمال؟ فيه وجهان (أحدهما) ليس له ذلك وهو مذهب الشافعي لأن في السفر تغريباً بالمال وخطراً ولهذا يروي: أن المسافر وماعه على قلت إلا ما وقى الله. أي هلاك ولا يجوز له التغريب بالمال بغير إذن مالكه (والثاني) له السفر إذا لم يكن خوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهو قول مالك وحكي عن أبي حنيفة لأن الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والمادة جارية بالتجارة سفرأً أو حضراً ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض فذلك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق، فاما أن أذن فيه أو نهى عنه أو وجدت قرينة دالة على أحد الأمرين تعين ذلك وجاز مع الاذن وحرم مع النهي، وليس له السفر في موضع خوف على كلا الوجهين وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق خوف ولا إلى بلد مخوف فإن فعل فهو ضامن لما يتلف لأنه تعدى بفعله ما ليس له فعله

(فصل) وليس للمضارب البيع بدون ثمن المثل ولا أن يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص كالوكيل ولأن الضرر يجبر بضمن النقص، قال شيخنا والقياس بطلان البيع وهو مذهب الشافعي لأنه بيع لم يؤذن فيه أشبه بيع الأجنبي، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضاً وإن أمكن رده وجب أن كان باقياً أو

الثالثان على أن تعطى امرأتك نصفه فكذلك لانه شرط في الربح شرطاً لا يلزم فكان قاسداً والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة فيما ذكرناه

(فصل) والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة في وجوب معرفة قدر ما لكل واحد منهما من الربح الا أنهما إذا أظناها ولم يذكر الربح كان بينهما على قدر المالكين ، وفي شركة الوجوه يكون على قدر ملكيها في المشتري لان لهما أصلاً يرجعان اليه ويتقدر الربح به بخلاف المضاربة فانه لا يمكن تقدير الربح فيها بالمال والعمل لكون أحدهما من غير جنس الآخر فلا يعلم قدره منه ، وأما شركة الأبدان فلا مال فيها يقدر الربح به فيحتمل أن يتقدر بالعمل لان عمل أحدهما من جنس عمل الآخر فقد تساوى في أصل العمل فيكون ذلك أصلاً يرجع اليه ويحتمل أن لا يتقدر به لان العمل يقل ويكثر ويتفاضل ولا يوقف على مقداره بخلاف المال فيعتبر ذكر الربح والمعرفة به كما في المضاربة والله أعلم

(مسئلة) قال (والوضيعة على قدر المال)

يعني الخسران في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله فان كان مالهما متساويافي القدر فالخسران بينهما نصفين وإن كان أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي وغيرهما، وفي شركة الوجوه تكون الوضيعة على قدر ملكيها في المشتري سواء كان الربح بينهما كذلك أو لم يكن وسواء كانت الوضيعة لتلف أو نقصان في الثمن عما اشترى به أو غير ذلك

قيمه ان تلف ولرب المال مطالبة من شاء من العامل والمشتري فان أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وان رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لان التلف حصل في يده اما ما يتعابن الناس بثله فلا يمنع منه لانه لا يمكن انتحز منه واما اذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالباع وان اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال الا أن يحوزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحارثي، وقال القاضي ان أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع اني اشتريه لفلان فالبيع باطل أيضاً

(فصل) وهل له ان يبيع وبشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين اصحهما جوازه اذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز ان يبيع عرضاً بعرض وبشترى به فان قلنا لا يملك ذلك ففعل فحكه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل، وان قال اعلم برأيتك فله ذلك وهل له المزارعة يحتمل ان لا يملكها لان المضاربة لا يفهم من اطلاقها المزارعة وقد روي عن احمد رحمه الله فيمن دفع الى رجل الفأ وقال انجر فيها بما شئت فزرع زرعا فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا ان قوله انجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لانها من الوجوه التي يبتنى بها النماء فعلى هذا لو توى المال في المزارعة لم يلزمه ضمانه

والوضعية في المضاربة على المال خاصة ليس على العامل منها شيء لان الوضعية عبارة عن نقصان رأس المال وهو مختص بملك ربه لا شيء للعامل فيه فيكون نقصه من ماله دون غيره وإنما يشتركان فيما يحصل من البناء فأشبه المساقاة والمزارعة فان رب الارض والشجر يشارك العامل فيما يحدث من الزرع والثمر وإن تلف الشجر أو هلك شيء من الارض بغيره لم يكن على العامل شيء.

مسئلة قال (ولا يجوز أن يجعل لأحد من الشركاء فضل دراهم)

وجملته أنه متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة أو جعل مع نصيبه دراهم مثل أن بشرط نفسه جزءاً وعشرة دراهم بطلت الشركة قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ومن حفظنا ذلك عنه مالك والاوزاعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، والجواب فيما لو قال لك نصف الربح إلا عشرة دراهم أو نصف الربح وعشرة دراهم كالجواب فيما إذا شرط دراهم مفردة وإنما لم يصح ذلك لمعين (أحدهما) أنه إذا شرط دراهم معلومة احتمل أن لا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح واحتمل أن لا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً وقد يربح كثيراً فيستضر من شرطت له الدراهم (والثاني) أن حصة العامل ينبغي أن تكون معلومة بالاجزاء لما تمدر كونها معلومة بالقدر فاذا جهلت الاجزاء

(فصل) وله ان يشتري المغيب اذا رأى المصلحة فيه لان المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب فان اشتراه يظنه سليماً فبان معيياً فله فعل ما يرى فيه المصلحة من رده أو إمساكه وأخذ الارض فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطلبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيله فيحمل الامر على ما فيه الحظ، وأما الشريكان اذا اختلفا في رد المغيب فلتطالب الرد نصيبه وللآخر إمساكه نصيبه الا أن لا يعلم البائع ان الشراء لهما فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يجز لإدخال الضرر على البائعين بتبعض الصفقة عليه، ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وإمساكه البعض فان حكمه حكم ماله أو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (وليس للعامل شراء من يعتق على رب المال) لان فيه ضرراً ولانه لاحظ للتجارة فيه فان اشتراه بأذن رب المال صح لانه يصح شراؤه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتنفسخ المضاربة في قدر ثمنه، وان كان في المال ربح رجع العامل بحصته منه فان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء اذا كان الثمن عيناً لان العامل اشترى ما ليس له ان يشتريه فهو كما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف الى ما يمكن بيعه والربح فيه وليس هذا كذلك، وان كان اشتراه في الذمة وقع الشراء للعاقدين وليس له دفع الثمن من مال المضاربة فان فعل ضمن وهذا قول الشافعي وأكثر الفقهاء، وقال القاضي ظاهر كلام أحد صحة الشراء

فسدت كما لو جهل القدر فيها بشرط أن يكون معلوما به ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما توانى في طلب الربح لعدم فائدته فيه وحصول تقعه لغيره بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح (فصل) وإن دفع إليه ألفين مضاربة على أن كل واحد منهما ربح ألف أو على أن أحدهما ربح أحد التوين أو ربح إحدى السفرتين أو ربح تجارته في شهر أو عام بعينه ونحو ذلك فسد الشرط والمضاربة لانه قد يربح في ذلك الميعن دون غيره وقد يربح في غيره دونه فيختص أحدهما بالربح وذلك يخالف موضوع الشرط ولا تعلم في هذا خلافاً وإن دفع إليه ألفا وقال لك ربح نصفه لم يجز وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأبو ثور يجوز لأن نصف ربحه هو ربح نصفه فجاز شرطه كما لو عبر عنه ببارته الأخرى، ولنا أنه شرط لأحدهما ربح بعض المال دون بعض وكذلك جعل الآخر فلم يجز كما لو قال لك ربح هذه الخمسمائة ولانه يمكن أن يفرد نصف المال فيربح فيه دون النصف الآخر بخلاف نصف الربح فانه لا يؤدي الى انفراذه بربح شيء من المال

(مسئلة) (قال والمضارب اذا باع بنسيئة بغير امر ضمن في إحدى الروايتين والأخرى لا يضمن)

وجملته ان المضارب وغيره من الشركاء اذا نص له على التصرف فقال نقدا أو نسيئة أو قال بنقد

لانه مال متقوم قابل للعقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال عتقه ويعتق على رب المال وتفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل الضمان على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ، ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل ويضمن قيمته في أحد الوجهين لان الملك ثبت فيه ثم تلف أشبه مالهو أتلفه بفعله والثاني يضمن الثمن الذي اشترى به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فريط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يعلم العامل أنه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم عيبه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وإن علم

(مسئلة) (وإن اشترى امرأته صح وانفسخ نكاحها)

لانه ملكها فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان يذكران فيما بعد إن شاء الله تعالى ، فان قلنا يلزمه رجع به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع ، وإن اشترى زوج ربة المال صح وانفسخ النكاح لانها ملكت زوجها. وهذا قول أبي حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء إلا أن يكون باذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وهذا الشراء يضر بها لانه يفسخ نكاحها وتسقط حصتها من النفقة والكسوة فلم يصح كشرائها أيها ولنا انه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى أجنبياً ولا ضمان على العامل فيما

البلد أو ذكر نقدا غيره جاز ولم يحز مخالفته لانه متصرف بالاذن فلا يتصرف في غير ما اذن له فيه كالوكيل ولان ذلك لا يمتنع مقصود المضاربة وقد يطلب بذلك الفائدة في العادة، وإن اطلق فلا خلاف في جواز البيع حالا، وفي البيع نسيئة روايتان (أحدهما) ليس له ذلك وهو قول مالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه نائب في البيع فلم يحز له البيع نسيئة بغير اذن صريح فيه كالوكيل ، وذلك لان النائب لا يجوز له التصرف الاعلى وجه الحظ والاحتياط وفي النسيئة تقرير بالمال وقربة الحال تفيد مطلق الكلام فيصير كانه قال به حالا (والثانية) انه يجوز له البيع نساء وهو قول أبي حنيفة واختيار ابن عقيل لان اذنه في التجارة والمضاربة ينصرف الى التجارة المعتادة وهذا عادة التجار ولانه يقصده الربح والربح في النساء اكثر ويفارق الوكالة المطلقة فانها لا تختص بقصد الربح وأما المقصود تحصيل الثمن فحسب فاذا امكن تحصيله من غير خطر كان اولى ولان الوكالة المطلقة في البيع تدل على ان حاجة الموكل الى الثمن ناجزة فلم يحز تأخيرها بخلاف المضاربة وان قال له اعمل برأيك فله البيع نساء وكذلك اذا قال له تصرف كيف شئت وقال الشافعي ليس له البيع نساء في الموضعين لان فيه غررا فلم يحز كما لو لم يقل له ذلك. ولنا انه داخل في عموم لفظه وقربة حاله تدل على رضائه برأيه في صفات البيع وفي أنواع التجارة وهذا منها فاذا قلنا له البيع نساء فالبيع صحيح ومهاقات من الثمن لا يلزمه ضمانه الا ان يفرط ببيع من لا يوثق به او من لا يعرفه فيلزمه ضمان الثمن الذي انكسر على المشتري وان قلنا ليس له البيع نساء فالبيع باطل لانه فعل

يفوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود الى المضاربة وأما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال .

(فصل) وان اشترى المأذون له من يعتق على رب المال باذنه صح وعتق فان كان على المأذون له دين يستغرق قيمته ومافي يديه وقلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق الى الغرماء لانه الذي أنلف عليهم بالعتق وان ناه عن الشراء فالشراء باطل لانه يملك بالاذن وقد زال بالتهني وان أطلق الاذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لان من يصح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع اليه مالا وقال القاضي لا يصح لان فيه اتلافاً على السيد فان إذنه يتناول مافيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف ، وفارق حامل المضاربة لانه يضمن القيمة فيزول الضرر وللشافعي قولان كالوجهين، وان اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح؟ على وجهين أيضاً كشراء من يعتق بالشراء

(مسألة) (وان اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء)

فان لم يظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وان ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح ؟ فان قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لانه ماله وان قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان : (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي بكر لانه لم يتم ملكه عليه لكون الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق

مالم يؤذن له فيه فاشبه البيع من الاجنبي الا على الرواية التي تقول يقف بيع الاجنبي على الاجازة فهنا مثله ويحتمل قول الحرقى صحة البيع فانه إنما ذكر الضمان ولم يذكر فساد البيع وعلى كل حال يلزم العامل الضمان لان ذهاب الثمن حصل بتفريطه فان قلنا بفساد البيع ضمن المبيع بقيمته إذا تعذر عليه استرجاعه إما لتلف المبيع او امتناع المشتري من رده اليه ، وإن قلنا بصحته احتمل ان يضمنه بقيمته ايضاً لانه لم يفت بالمبيع أكثر منها ولا ينحفظ بتركه سواها وزيادة الثمن حصلت بتفريطه فلا يضمنها واحتمل ان يضمن الثمن لانه وجب بالمبيع وفات بتفريط البائنه وإن نقص عن القيمة فقد انتقل الوجوب اليه بدليل انه لو حصل الثمن لم يضمن شيئاً

(فصل) وليس له السفر بالمال في احد الوجهين وهو مذهب الشافعي لان في السفر تفريراً بالمال وخطراً ولهذا يروى : ان المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله تعالى . اي هلاك ولا يجوز له التقرير بالمال بغير إذن مالكة والوجه الثاني له السفر به اذا لم يكن مخوفاً قال القاضي قياس المذهب جوازه بناء على السفر بالوديعة وهذا قول مالك ويحكي ذلك عن ابي حنيفة لان الاذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة والعادة جارية بالتجارة سفراً وحضراً ولان المضاربة مشتقة من الضرب في الارض فملك ذلك بمطلقها وهذان الوجهان في المطلق . فأما إن اذن في السفر او نهى عنه

لذلك (والثاني) يمتنع به حصته من الربح ان كان معسراً ويقوم عليه باقيه ان كان موسراً لانه ملكه بفعاله فمتنع عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندم يستسعى في بقيته ان كان معسراً ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك في الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا انهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يمتنع عليه كشرى العنان

(فصل) وليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فاذا كان رأس المال ألفاً فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشترى بمال يستحق تسليمه في البيع الاول ، وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره بغير إذنه في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال ؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعوماذكرنا

(فصل) وليس للمضارب وطء أمة المضاربة سواء ظهر ربح أو لا فان فعل فعليه المهر والتعزير وان علقت منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لأنها علقت منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له لذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمتها ونحو ذلك قال سفيان واسحاق وقال القاضي إن لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطئ في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص

أو وجدت قرينة دالة على احد الامرين تعين ذلك وثبت ما امر به وحرّم ما نهى عنه ، وليس له السفر في موضع غوف على الوجهين جميعا وكذلك لو اذن له في السفر مطلقا لم يكن له السفر في طريق غوف ولا الى بلد غوف فان فعل فهو ضامن لما يتلف لانه متعد بفعل ما ليس له فعله ، وان سافر في طريق آمن جاز ونفقته في مال نفسه وبهذا قال ابن سيرين وحامد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الراي ينفق من المال بالمعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته منه كأجر الحمال . ولنا ان نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضرة وأجر الطبيب وعن الطب ولانه دخل على انه يستحق من الربح الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولانه لو استحق النفقة انضى الى أن يخص بالربح اذا لم يربح سوى ما نفقه ، فاما إن اشترط له النفقة فله ذلك وله ما قدر له من ما كوله وملبوس ومركوب وغيره قال احمد في رواية الاثرم احب الي أن يشترط نفقة محدودة وان أطلق صح نص عليه ، وله نفقته من الماء كوله ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي قال لا انما له النفقة وان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام احمد جوازها لانه قيل له فلم يشترط الكسوة الا انه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى كسوة فقال إذا اذن له في النفقة فعلى ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من ما كوله

عن احمد أن عليه التعزير فقط لان ظهور الربح ينبنى على التقويم وهو غير متحقق لاحتمال أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد فانه يدرأ بالشبهات (فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها إن كانت بكراً ويعرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لأنها ملكة فان أحبلها صارت أم ولد له وولده حر لذلك وتخرج من المضاربة وتحسب قيمتها ويضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه وليس لواحد منها تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك وان اتفقا عليه جاز لان الحق لهما

(فصل) وليس للمضارب دفع المال بمضاربة بغير اذن نص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله ، وخرج القاضي وجهين في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل ولا يصح هذا التخريج والقياس لانه انما دفع اليه المال هنا لمضارب به ودفعه الى غيره مضاربة يخرججه عن كونه مضارباً له بخلاف الوكيل ولان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز ايجاب حق في مال الانسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا يعلم عن غيرهم خلافهم فان فعل فلم يتلف المال ولا ظهر فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبزد بدله إن تلف أو تعذر رده فان طالب الأول وضمنه قيمة التالف ولم يكن الثاني علم الحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على

أو ملبوس بالمعروف ، وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد إلى تقدير النفقة لأن الأسعار تختلف وقد تنقل وقد تكثر ، فإن اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت إلى الإطعام في الكفارة وفي الكسوة إلى أقل ملبوس مثله فإن كان معه مال لنفسه مع مال المضاربة أو كان معه مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالتنفقة على قدر المالكين لأن النفقة إنما كانت لأجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرهما إلا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة مع علمه بذلك ، ولو أذن له في السفر إلى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر أما بذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فأخذ ماله فطالبه المالك بالنفقة الرجوع إلى بلده لم يكن له لأنه إنما يستحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزالت النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه ، وقد قيل له ذلك لأنه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغيره بتفسيره إلى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذاهبا وراجعا فإذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك (فصل) وحكم المضارب حكم الوكيل في أنه ليس له أن يبيع بأقل من ثمن المشل ولا يشتري بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله فإن فعل فقد روي عن أحمد أن البيع يصح ويضمن النقص لأن الضرر ينجر بضمان النقص ، والقياس أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي لأنه يبيع لم يؤذن له فيه فأشبهه يبيع الأجنبي ، فعلى هذا أن تعذر رد المبيع ضمن النقص أيضا وإن أمكن رده وجب رده إن كان باقيا

وجه الأمانة وإن علم رجم عليه لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان وقد تلف تحت يده فاستقر عليه ضمانه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الأول وإن لم يعلم فكذلك في أحد الوجهين لأن التلف حصل بيده فاستقر الضمان عليه ، والثاني يرجع عليه لأنه غره أشبه المغرور بحرية أمة وإن ربح فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الأول لأنه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجره مثله ؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) لا شيء له لأنه عمل في مال غيره بغير إذن أشبه الغاصب ، وفارق المضاربة لأنه عمل في ماله بإذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه إن اشترى في الذمة يكون الربح له لأنه ربح في اشتراؤه في ذمته مما لم يقع الشراء فيه لغيره فأشبهه ماله ينقد الثمن من مال المضاربة ، قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك وأبي حنيفة والشافعي ويحتمل أنه إن كان عالما بالحال فلا شيء للعامل كالغاصب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على الغاصب الأول لأنه غره واستعمله بعوض لم يسلم له فكان أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب إلى آخر على أن لرب المال النصف والنصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع

أو قيمته إن كان تالفا ولرب المال مطالبة من شاء من العامل أو المشتري فإن أخذ من المشتري قيمته رجع المشتري على العامل بالثمن وإن رجع على العامل بقيمته رجع العامل على المشتري بها ورد عليه الثمن لأن التلف حصل في يده وأما ما يتقايان الناس بمثله فغير ممنوع منه لأنه لا يمكن التحرز منه وأما إذا اشترى بأكثر من ثمن المثل بعين المال فهو كالبيع وإن اشترى في الذمة لزم العامل دون رب المال إلا أن يحيزه فيكون له هذا ظاهر كلام الحنفي، وقال القاضي إن أطلق الشراء ولم يذكر رب المال فكذلك وإن صرح للبائع أنني اشتريته لفلان فالبيع باطل أيضا

(فصل) وهل له أن يبيع ويشترى بغير نقد البلد؟ على روايتين (الاولى) جوازه إذا رأى المصلحة فيه والربح حاصل به كما يجوز أن يبيع عرضا بمرض ويشترى به فإن قلنا لا يملك ذلك ففعله فحكمه حكم ما لو اشترى أو باع بغير ثمن المثل وإن قال له اعمل برأيك فله ذلك وهل له الزراعة؟ يحتمل أن لا يملك ذلك لأن المضاربة لا يفهم من إطلاقها المزارعة وقد روي عن أحمد رحمه الله فيمن دفع إلى رجل ألفا وقال اتجر فيها بما شئت فزرع زرعاً فربح فيه فالمضاربة جائزة والربح بينهما قال القاضي ظاهر هذا أن قوله اتجر بما شئت دخلت فيه المزارعة لأنها من الوجوه التي يبتغى بها الثناء وعلى هذا لو توى المال كله في المزارعة لم يلزمه ضمانه

(فصل) وله أن يشتري المغيب إذا رأى المصلحة فيه لأن المقصود الربح وقد يكون الربح في المغيب

إليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه. وهذا قول الشافعي القديم وليس هذا موافقاً لأصول المذاهب ولا لنص أحمد فإن أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولا للمضارب الأول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة إلا بواحد منها والثاني عمل في مال غيره بغير إذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفع إليه الغاصب مضاربة ولأنه لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير إذنه أولى.

(فصل) فإن أذن رب المال في ذلك جاز نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك فإن دفعه إلى آخر ولم يشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً منه لم يصح لأنه ليس من جهة مال ولا عمل والربح إنما يستحق لواحد منهما فإن قال اعمل برأيك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه لأنه قد يرى أن يدفعه إلى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لأن قوله اعمل برأيك يعني في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة ولهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناوله إذنه (فصل) وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله فإن فعل ولم يتميز ضمنه لأنه أمانة فهو كالوديعة فإن قال له اعمل برأيك جاز ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي ليس له ذلك وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة

ولنا أنه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيك وهكذا القول في المشاركة به ليس له فعلها إلا أن يقول له اعمل برأيك فيملكها

فان اشتراء بظنه سليماً فبان معيباً فله فعل ما يرى المصلحة فيه من رده بالعيب او امساكاً كما أخذ ارش العيب فان اختلف العامل ورب المال في الرد فطالبه أحدهما وأباه الآخر فعل ما فيه النظر والحظ لان المقصود تحصيل الحظ فيحتمل الامر على ما فيه الحظ وأما الشريكان اذا اختلفا في رد العيب فطالب الرد رد نصيبه وللآخر امساك نصيبه الا أن يكون البائع لم يعلم ان الشراء لهما جميعاً فلا يلزمه قبول رد بعضه لان ظاهر الحال ان العقد لمن وليه فلم يحجز ادخال الضرر على البائع بتبويض الصفقة عليه ولو أراد الذي ولي العقد رد بعض المبيع وامساك البعض كان حكمه حكم ما لو أراد شريكه ذلك على ما فصلناه

(فصل) وليس له أن يشتري من يعتق على رب المال بغير إذنه لان عليه فيه ضرراً فان اشتراء بأذن رب المال صح لانه يجوز أن يشتريه بنفسه فاذا أذن لغيره فيه جاز ويعتق عليه وتفسخ المضاربة في قدر ثمنه لانه قد تلف ويكون محسوباً على رب المال فان كان ثمنه كل المال انفسخت المضاربة وإن كان في المال ربح رجح العامل بحصته منه وان كان بغير إذن رب المال احتمل أن لا يصح الشراء إذا كان الثمن عيناً لان العامل اشترى ما ليس له أن يشتريه فكان بمنزلة ما لو اشترى شيئاً بأكثر من ثمنه ولان الاذن في المضاربة إنما ينصرف إلى ما يمكن بيعه والربح فيه فلا يتناول غير ذلك وإن كان اشتراء في الذمة وقع الشراء للعائد وليس له دفع الثمن من مال المضاربة وان فعل ضمن وبهذا قال الشافعي

(فصل) وليس له شراء خمر ولا خنزير سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلماً فان فعل فعليه الضمان وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة إن كان العامل ذمياً صح شراؤه للخمر وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به وقال أبو يوسف ومحمد يصح شراؤه إياها ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا مملوكه

ولنا أنه ان كان العامل مسلماً فقد اشترى خمرأً ولا يصح ان يشتري خمرأً ولا يبيعه وان كان ذمياً فقد اشترى للمسلم مالا يصح أن يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلم يصح شراؤها له كالخنزير والميتة ولان مالا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كاللينة والدم وكلما جاز في الشركة جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع في إحداها منع منه في الاخرى لان المضاربة شركة ومبنى كل واحد منهما على الوكالة والامانة

(مسئلة) (وليس للمضارب أن يضارب لآخر اذا كان فيه ضرر على الاول فان فعل رد نصيبه من الربح في شركة الاول)

وجملة ذلك أنه اذا أخذ من إنسان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة من آخر بأذن الاول جاز وكذلك ان لم يأذن ولم يكن عليه ضرر بغير خلاف علمناه فان كان فيه ضرر على الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يستوعب زمانه فيشغله عن التجارة في الاول أو يكون المال الاول كثيراً

وأكثر الفقهاء وقال القاضي ظاهر كلام أحمد صحة الشراء لانه مال متقوم قابل للمقود فصح شراؤه كما لو اشترى من نذر رب المال اعتاقه ويعتق على رب المال وتنفسخ المضاربة فيه ويلزم العامل ضمانه على ظاهر كلام أحمد علم بذلك أو جهل لان مال المضاربة تلف بسببه ولا فرق في الاتلاف الموجب للضمان بين العلم والجهل وفيما يضمنه وجهان (أحدهما) قيمته لان الملك ثبت فيه ثم تلف فأشبه ما لو أنفقه فعله (والثاني) الثمن الذي اشتراه به لان التفريط منه حصل بالشراء وبذل الثمن فيما يتلف بالشراء فكان عليه ضمان ما فرط فيه ومتى ظهر في المال ربح فللعامل حصته منه وقال أبو بكر ان لم يكن العامل عالما بانه يعتق على رب المال لم يضمن لان التلف حصل لمعنى في المبيع لم يعلم به المشتري فلم يضمن كما لو اشترى مبيعاً لم يعلم بمعيه فتلف به قال ويتوجه أن لا يضمن وان علم

(فصل) وان اشترى امرأة رب المال صح الشراء وانفخ انكاح فان كان قبل الدخول فهل يلزم الزوج نصف الصداق؟ فيه وجهان ذكرناهما في غير هذا الموضع فان قلنا يلزمه رجم به على العامل لانه سبب تقريره عليه فرجع عليه كما لو أفسدت امرأة نكاحه بالرضاع وان اشترى زوج ربة المال صح الشراء وانفسخ النكاح لأنها ملكت زوجها وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح الشراء اذا كان بغير اذنها لان الاذن إنما يتناول شراء ما لها فيه حظ وشراء زوجها بضرها لانه يفسخ نكاحها ويضر بها ويسقط حقها من النفقة والكسوة فلم يصح كشرائها ابنها

متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يحز ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكالات جبر المشترك ولنا أن المضاربة على الحظ والنماء فاذا فعل ما يمنعه لم يحز له كما لو أراد التصرف بالغبن وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا ان فعل وربح رد الربح في شركة الاول وليقسمانه فينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منه نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول فأما حصة رب المال الثاني من الربح فيدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولا ما لو ردونا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني ولم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ولانه لا يخلو إما أن يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال والمضارب أجر مثله وان حكمتا بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط قال شيخنا : والنظر يقتضي أن لا يستحق رب المضاربة الاولى من ربح الثانية شيئاً لانه إنما يستحق بال عمل أو عمل ولم يوجد واحد منهما وتمدي المضارب إنما هو بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وذلك لا يوجب عوضاً كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه أو أجر نفسه أو ترك

ولنا أنه اشترى ما يمكن طلب الربح فيه فجاز كما لو اشترى اجنبيا ولا ضمان على العامل فيما يهوت من المهر ويسقط من النفقة لأن ذلك لا يعود إلى المضاربة وإنما هو بسبب آخر ولا فرق بين شرائه في الذمة أو بعين المال

(فصل) وإن اشترى المأذون له من يعتق على رب المال بأذنه صح وعتق فإن كان على المأذون له دين يستغرق قيمته وما في يده وقتلنا يتعلق الدين برقبته فعليه دفع قيمة العبد الذي عتق إلى الفرمان لأنه الذي ألتف عليهم بالعتق وإن هاء عن الشراء فالشراء باطل لأنه يملكه بالأذن وقد زال بالتهبي وإن أطلق الأذن فقال أبو الخطاب يصح شراؤه لأن من صح أن يشتريه السيد صح شراء المأذون له كالأجنبي وهذا قول أبي حنيفة إذا أذن له في التجارة ولم يدفع إليه مالا وقال القاضي لا يصح لأن فيه اتلافا على السيد فإن أذنه يتناول ما فيه حظ فلا يدخل فيه الاتلاف، وفارق حامل المضاربة لأنه يضمن القيمة فيزول الضرر ولا شافعي قولان كالوجهين وإن اشترى امرأة رب المال أو زوج ربة المال فهل يصح على وجهين أيضا كشراء من يعتق بالشراء

(فصل) وإن اشترى المضارب من يعتق عليه صح الشراء فإن لم يكن ظهر في المال ربح لم يعتق منه شيء وإن ظهر فيه ربح ففيه وجهان مبنيان على العامل متى يملك الربح؟ فإن قلنا يملكه بالقسمة لم يعتق منه شيء لأنه ما يملكه وإن قلنا يملكه بالظهور ففيه وجهان (أحدهما) لا يعتق وهو قول أبي

التجارة للعب أو اشتغال بعلم أو غير ذلك ولأنه لو أوجب عوضا لأوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) فإن دفع إليه مضاربة واشترط النفقة لم يجوز أن يأخذ لغيره بضاعة ولا مضاربة وإن لم يكن على الأول ضرر لقول أحمد إذا اشترط النفقة صار أجبر إليه فلا يأخذ من أحد بضاعة فإنما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل له وإن كانت لا تشغله قال ما يعجزني أن يكون إلا بأذن صاحب المضاربة فإنه لا بد من شغل قال شيخنا هذا والله أعلم على سبيل الاستعجاب وإن فعل فلا شيء عليه لأنه لا ضرر على رب المضاربة فيه، وإن أخذ من رجل مضاربة ثم أخذ من آخر بضاعة أو عمل في مال نفسه وانجر فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه له

(فصل) إذا أخذ من رجل مائة قراضا ثم أخذ من آخر مثلها فاشترى بكل مائة عبداً فاختلف العبدان ولم يتميزا اصطلاحا عليهما كما لو كانت لرجل حنطة فأتت عليها أخرى، وذكر القاضي في ذلك وجهين أحدهما يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيأغان ويقسم بينهما فإن كان فيهما ربح دفع إلى العامل حصته والباقي بينهما نصفين والثاني يكونان للعامل وعليه أداء رأس المال والربح له والخسران عليه ولا شافعي قولان كالوجهين والاول أولى لأن ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباء عن جميعه ولا عن بعضه بنظر رضاء كما لو لم يكونا في يد المضارب

بكر لانه لم يتم ملكه عليه لان الربح وقاية لرأس المال فلم يعتق لذلك (والثاني) يعتق بقدر حصته من الربح ان كان معسرا ويقوم عليه باقيه إن كان موسرا لانه ملكه بفعله فيعتق عليه كما لو اشتراه بماله وهذا قول القاضي ومذهب أصحاب أبي حنيفة لكن عندهم يستسمى في بقيته ان كان معسرا ولنا رواية كقولهم وان اشتراه ولم يظهر ربح ثم ظهر بعد ذلك والعبد باق في التجارة فهو كالمالك كان الربح ظاهراً وقت الشراء وقال الشافعي إن اشتراه بعد ظهور الربح لم يصح في أحد الوجهين لانه يؤدي إلى أن ينجز العامل حقه قبل رب المال

ولنا أنهما شريكان فصح شراء كل واحد منهما من يعتق عليه كشرى العنان (فصل) وليس له أن يشتري بأكثر من رأس المال لان الاذن ما تناول أكثر منه فان كان رأس المال الفا فاشترى عبداً بألف ثم اشترى عبداً آخر بعين الالف فالشراء فاسد لانه اشتراه بمال يستحق تسليمه في البيع الاول وإن اشتراه في ذمته صح الشراء والعبد له لانه اشترى في ذمته لغيره مالم يأذن له في شرائه فوقع له وهل يقف على اجازة رب المال؟ على روايتين ومذهب الشافعي كنعومه اذ كرنا (فصل) وليس للمضارب وطء أمة من المضاربة سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر فان فعل فعليه المهر والتميز وإن علقته منه ولم يظهر في المال ربح فولده رقيق لانها علقته منه في غير ملك ولا شبهة ملك ولا تصير أم ولد له كذلك وان ظهر في المال ربح فالولد حر وتصير أم ولد له وعليه قيمته وانحو وهذا

ولا تألو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفریطه سبباً لانقراذه بالربح وحرمان المتعدى عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى ان يأخذ أحدهما ربح مال الآخر بغير رضا وليس له مال ولا عمل

(فصل) اذا تعدى المضارب بفعل ما ليس له فعله فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس والشعبي والنخعي وحامد ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لاضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهري ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا نقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مالم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنها يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحامد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي، وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي ان اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وان اشترى بعين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والاخرى هو موقوف على اجازة المالك فان أجازته صح والابطال والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يروانه يتصدق بالربح الا حبل

قال سفيان واسحاق وقال القاضي ان لم يظهر ربح فعليه الحد لانه وطيه في غير ملك ولا شبهة ملك والمنصوص عن احمد أن عليه التعزير لان ظهور الربح ينبي على التقويم والتقويم غير متحقق لانه يحتمل أن السلع تساوي أكثر مما قومت به فيكون ذلك شبهة في درء الحد لانه يدرأ بالشبهات

(فصل) وليس لرب المال وطء الامة أيضاً لانه ينقصها ان كانت بكرة ويمرضها للخروج من المضاربة والتلف فان فعل فلا حد عليه لانها مملوكة وان علفت منه صارت أم ولده وولده حرك ذلك ونخرج من المضاربة ونحسب قيمتها وبضاف اليها بقية المال فان كان فيه ربح فللعامل حصته منه .

(فصل) واذا أذن رب المال للمضارب في الشراء من مال المضاربة فاشترى جارية ليسرى بها خرج ثمنها من المضاربة وصار قرضاً في ذمته لان استباحة البضع لا تحصل الا بملكه لقول الله تعالى إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم .

(فصل) وليس لواحد منهما تزويج الامة لانه ينقصها ولا مكاتبه العبد لذلك فان اتفقا على ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها .

(فصل) وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة لص عليه احمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال إن أذن له رب المال وإلا فلا ، وخرج القاضي وجهاً في جواز ذلك بناء على توكيل الوكيل من غير اذن الموكل ولا يصح هذا التخريج وقياسه على الوكيل يتمتع لوجهين (أحدهما) أنه إنما

واحتج أحمد بحديث عروة البارقي وهو ماروي أبو الوليد عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال « عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة » فأئت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحقت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فحقت بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال « وكيف صنعت ؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » رواه الاثرم ولانه نماء مال غيره بغير إذن مالكة فكان لمالكه كما لو غصب خطئة فزرعها ، فاما المضارب ففيه روايتان (أحدهما) لا شيء له لانه عقد عقد ألم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالغاصب وهذا اختيار أبي بكر (والثانية) له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق النامل عوضاً كما لو عقده باذنه ، وفي قدر الاجر روايتان (أحدهما) أجر مثله ما لم يحبط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان أجر المثل أقل فلم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما أمر به ، فان قصد الشراء لنفسه فلا أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب ان اشترى في ذمته ونقد المال فلا أجر له رواية واحدة وان اشترى بعين المال فعلي روايتين

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب من نشر الثوب وطيه

دفع اليه المال ههنا ليضارب به وبدفعه إلى غيره مضاربة يخرج عن كونه مضارباً به بخلاف الوكيل (الثاني) ان هذا يوجب في المال حقاً لغيره ولا يجوز لإيجاب حق في مال انسان بغير اذنه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ولا أعرف عن غيرهم خلافهم فان عمل فلم يتلف المال ولا ظم فيه ربح رده إلى مالكه ولا شيء له ولا عليه وإن تلف أو ربح فيه فقال الشريف أبو جعفر هو في الضمان والتصرف كالغاصب ولرب المال مطالبة من شاء منها برد المال إن كان باقياً وبرد بدله إن كان تلفاً أو تعذر رده ، فان طالب الأول وضمنه قيمة اتالف ولم يكن الثاني علم بالحال لم يرجع عليه بشيء لانه دفعه اليه على وجه الأمانة وإن علم بالحال رجع عليه لانه قبض مال غيره على سبيل العدوان وتلف تحت يده فاستقر ضمانه عليه وإن ضمن الثاني مع علمه بالحال لم يرجع على الاول ، وإن لم يعلم فهل يرجع على الاول؟ على وجهين (أحدهما) يرجع عليه لانه غره فأشبهه به مالو غره بحرية أمة (والثاني) لا يرجع لان التلف كان في يده فاستقر الضمان عليه وإن ربح في المال فالربح للمالك ولا شيء للمضارب الاول لانه لم يوجد منه مال ولا عمل وهل للثاني أجر مثله؟ على روايتين (أحدهما) له ذلك لانه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فمكأن له اجر مثله كالمضاربة الفاسدة والثانية لا شيء له لانه عمل في مال غيره بغير إذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالغاصب ، وفارق المضاربة لانه عمل في ماله باذنه وسواء اشترى بعين المال أو في الذمة ويحتمل أنه اذا اشترى في الذمة يكون الربح له لانه ربح فيما اشترى في ذمته مما لم يقع في الشراء فيه لغيره فأشبهه مالو لم ينقد

وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع وأخذ الثمن واتقاده وشد الكيس وختمه واحرازه ونحو ذلك ولا أجر له عليه لانه استحق الربح في مقابلته وان استأجر من يفعل ذلك فلا اجر عليه خاصة لان العمل عليه فاما مالا يليه في العادة كالنداء على المتاع ونقله الى الخان فليس على العامل عمله وله ان يكتري من يعمل له نص عليه أحد لان العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فان فعل العامل مالا يلزمه متبرعاً فلا أجر له وان فعله ليأخذ عليه أجراً فنص احمد على أنه لا شيء له ، وخرج أصحابنا وجهاً أن له الاجر بناء على التبرع اذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك؟ على روايتين وهذا مثله ، قال شيخنا والصحيح أنه لا أجر له في الموضعين لانه عمل في مال غيره عملاً لم يحمل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي

(فصل) وإذا غصب مال المضاربة أو سرق فهل للمضارب المطالبة به؟ على وجهين (أحدهما) ليس له ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا يدخل فيه الخصومة (والثاني) له ذلك لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائباً عن رب المال فانه حينئذ لا يكون مطالباً به الا المضارب فان تركه ضاع ، فعلى هذا ان ترك الخصومة وانطلب به في هذه الحال ضمن لأنه ضيعه وفرط فيه فأما ان كان رب المال حاضراً وعلم الحال فانه لا يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

التمن من مال رب المال قال الشريف أبو جعفر هذا قول أكثرهم يعني قول مالك والشافعي وأبي حنيفة ويحتمل انه إن كان عالماً بالحال فلا شيء للعامل كالفاسب وإن جهل الحال فله أجر مثله يرجع به على المضارب الاول لانه غره واستعمله بمعرض لم يحصل له فوجب أجره عليه كما لو استعمله في مال نفسه وقال القاضي إن اشترى بعين المال فالشراء باطل وإن كان اشترى في الذمة ثم نقد المال وكان قد شرط رب المال للمضارب النصف فدفعه المضارب الى آخر على أن يكون لرب المال النصف وانصف الآخر بينهما فهو على ما اتفقوا عليه لأن رب المال رضي بنصف الربح فلا يدفع اليه أكثر منه والعاملان على ما اتفقا عليه وهذا قول قديم للشافعي وليس هذا موافقاً لأصول المذهب ولا لنص أحمد فان أحمد قال لا يطيب الربح للمضارب ولأن المضارب الاول ليس له عمل ولا مال ولا يستحق الربح في المضاربة الا بواحد منها والعامل الثاني عمل في مال غيره بغير اذنه ولا شرطه فلم يستحق ما شرطه له غيره كما لو دفعه اليه الفاسب مضاربة ولانه اذا لم يستحق ما شرطه له رب المال في المضاربة الفاسدة فما شرطه له غيره بغير اذنه أولى

(فصل) وإن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك نص عليه أحمد ولا نعلم فيه خلافاً ويكون العامل الاول وكلاً لرب المال في ذلك فاذا دفعه الى آخر ولم بشرط لنفسه شيئاً من الربح كان صحيحاً وإن شرط لنفسه شيئاً من الربح لم يصح لانه ليس من جهته مال ولا عمل

(فصل) وإذا اشترى المضارب عبداً فقتله عبد لغيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر لرب المال أن شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على ما شرطاه لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وإن كان في العبد ربح فالقصاص اليهما والمصالحة كذلك لكونهما شريكين فيه والحكم في انقاسخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

(مسئلة) (وليس لرب المال أن يشترى من مال المضاربة شيئاً لنفسه وعنه يجوز)

إذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في إحدى الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وأبو حنيفة لانه قد تعلق به حق المضارب فجاز شراؤه كما لو اشترى من مكاتبه .

ولنا أنه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله، وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولا يجب زكاته عليه وله أخذ ما فيه شفعة منه

(مسئلة) (وكذلك شراء السيد من عبده المأذون)

لا ذكرنا ويحتمل أن يصح إذا استغرقته الديون لأن انغماءه يأخذون ما في يده ولأن الدين إذا تعلق بربقه

والربح إنما يستحق بواحد منها وان قال اعمل برأيتك أو بما أراك الله جاز له دفعه مضاربة نص عليه
لانه قد يرى أن يدفعه الى أبصر منه ويحتمل أن لا يجوز له ذلك لان قوله اعمل برأيتك يعني في
كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة وهذا يخرج به عن المضاربة فلا يتناولها اذنه
(فصل) وليس له ان يخلط مال المضاربة بماله فان فعل ولم يتميز ضمه لانه أمانة فهو كالوديعة
فان قال له اعمل برأيتك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي، وقال الشافعي ليس
له ذلك وعليه الضمان ان فعله لان ذلك ليس من التجارة

ولنا انه قد يرى الخلط أصح له فيدخل في قوله اعمل برأيتك وهكذا القول في المشاركة به
ليس له فعلها الا أن يقول اعمل برأيتك فيملكها

(فصل) وليس له ان يشتري خرا ولا خنزيرا سواء كانا مسلمين أو كان أحدهما مسلما والاخر
ذميا فان فعل فعليه الضمان وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر
وبيعه إياها لان الملك عنده ينتقل الى الوكيل وحقوق العقد تتعلق به ، وقال أبو يوسف ومحمد يصح
شراؤه إياها لان الملك فيها ينتقل الى الوكيل ولا يصح بيعه لانه يبيع ما ليس بملك له ولا لموكله

ولنا انه ان كان العامل مسلما فقد اشترى خرا ولا يصح ان يشتري خرا ولا يبيعه وان كان ذميا
فقد اشترى للمسلم ما لا يصح ان يملكه ابتداء فلا يصح كما لو اشترى الخنزير ولان الخمر محرمة فلا
يصح شراؤها له كالخنزير والميتة لان ما لا يجوز بيعه لا يجوز شراؤه كالميتة والدم وكل ما جاز في الشركة
جاز في المضاربة وما جاز في المضاربة جاز في الشركة وما منع منه في أحدهما منع منه في الاخرى لان
المضاربة شركة ومبنى كل واحدة منهما على الوكالة والامانة

صار مستحقا للفرء فصح شراء السيد منه كبقية الفرء والاول اولى لان ملك السيد لم يزل عنه وان
تعلق حق الفرء به كالعبد الجاني

(فصل) فان اشترى المضارب من مال المضاربة لنفسه ولم يظهر ربح صح نص عليه احمد وبه قال
مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيع باطل لانه شريك
ولنا أنه ملك لغيره فصح شراؤه له كشراء الوكيل من موكله وأما يكون شريكا اذا ظهر الربح
لانه انما شارك في الربح دون أصل المال فان ظهر ربح فشرأه كشراء أحد الشريكين من شريكه
(مسئلة) (وان اشترى أحد الشريكين لصيب شريكه صح)

لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه ان لم
يكونا بطلان كيله فلا بأس وان علما كيله فلا بد من كيله يعني ان من علم مبلغ شيء لم يبعه صبرة وان
باعه إياه بالكيل والوزن جاز

(مسئلة) (وان اشترى الجميع بطل في نصيبه لانه ملكه)

﴿ مسألة ﴾ قال (وإذا ضارب لرجل لم يجوز أن يضارب لآخر إذا كان فيه ضرر على

الاول فان فعل وربح رده في شركة الاول)

وجملة ذلك انه اذا أخذ من السان مضاربة ثم أراد أخذ مضاربة أخرى من آخر فأذن له الاول جاز وان لم يأذن له ولم يكن عليه ضرر جاز أيضا بغير خلاف وان كان فيه ضرر على رب المال الاول ولم يأذن مثل أن يكون المال الثاني كثيراً يحتاج الى ان يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الاول ويكون المال الاول كثيراً متى اشتغل عنه بغيره انقطع عن بعض تصرفاته لم يجوز له ذلك وقال أكثر الفقهاء يجوز لانه عقد لا يملك به منافعه كلها فلم يمنع من المضاربة كما لو لم يكن فيه ضرر وكلا جبر المشترك وتما ان المضاربة على الحظ والنماء فإذا فعل ما تمنعه لم يكن له كما لو أراد التصرف بالعين، وفارق مالا ضرر فيه فعلى هذا اذا فعل وربح رد الربح في شركة الاول ويقسمه فلينظر ما ربح في المضاربة الثانية فيدفع الى رب المال منها نصيبه ويأخذ المضارب نصيبه من الربح فيضمه الى ربح المضاربة الاولى ويقاسمه لرب المضاربة الاولى لانه استحق حصته من الربح بالمنفعة التي استحققت بالعقد الاول فكان بينهما كربح المال الاول، فأما حصة رب المال الثاني من الربح فتدفع اليه لان العدوان من المضارب لا يسقط حق رب المال الثاني ولانا لو ردنا ربح الثاني كله في الشركة الاولى لاختص الضرر برب المال الثاني فلم يلحق المضارب شيء من الضرر والعدوان منه بل ربما انتفع اذا كان قد قد شرط الاول النصف والثاني الثلث ، ولانه لا يخلو اما ان يحكم بفساد المضاربة الثانية أو بصحتها فان كانت فاسدة فالربح كله لرب المال وللمضارب أجر مثله وان حكما بصحتها وجب صرف حصة رب المال اليه بمقتضى العقد وموجب الشرط، والنظر يقتضي ان لا يستحق رب المضاربة الاولى من رب الثانية شيئاً لانه إنما يستحق بمال أو عمل وليس له في المضاربة الثانية مال ولا عمل وتعدي

وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفقة ويخرج أن يصح في الجميع بناء على صحة شراء رب المال من مال المضاربة

(فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليحرز فيها مال الشركة أو غراراً جاز لمن عليه أحمد في رواية صالح وان استأجره لنقل الطعام أو غلامه أو دابته جاز لان ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز ان يستأجر له الحيوان كمال الاجني، وفيه رواية أخرى لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ابقاء العمل في المشترك لان نصيب المستأجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة، والدار والفرائر لا يعتبر فيها ابقاء العمل إنما يجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم المعقود عليه

(مسألة) (وليس للمضارب نفقة إلا بشرط سواء كانت تجارته في الحضر أو السفر)

المضارب أما كان بترك العمل واشتغاله عن المال الاول وهذا لا يوجب عوضا كما لو اشتغل بالعمل في مال نفسه او آجر نفسه او ترك التجارة للعب او اشتغال بعم او غير ذلك ولو اوجب عوضا لاوجب شيئا مقدرا لا يختلف ولا يتقدر بربحه في الثاني والله أعلم

(فصل) وان دفع اليه مضاربة واشترط النفقة فكله رجل في أن يأخذ له بضاعة او مضاربة ولا ضرر فيها فقال احمد اذا اشترط النفقة صار أجيرا له فلا يأخذ من أحد بضاعة فانما تشغله عن المال الذي يضارب به، قيل فان كانت لا تشغله؟ فقال ما يعينني ان يكون إلا باذن صاحب المضاربة فانه لا بد من شغل. وهذا والله أعلم على سبيل الاستحباب وان فعل فلا شيء عليه لانه لا ضرر على رب المضاربة فيه (فصل) وان اخذ من رجل مضاربة ثم اخذ من آخر بضاعة او عمل في مال نفسه او انجز فيه فربحه في مال البضاعة لصاحبها وفي مال نفسه لنفسه

(فصل) اذا اخذ من رجل مائة قراضا ثم اخذ من آخر مثلها واشترى بكل مائة عبدا فاختلف العبدان ولم يتميزا فانها يصطلحان عليها كما لو كانت لرجل خنطة فانثالت عليه أخرى وذكر القاضي في ذلك وجهين (أحدهما) يكونان شريكين فيها كما لو اشتركا في عقد البيع فيباعان ويقسم بينهما فان كان فيهما ربح دفع الى العامل حصته والباقي بينهما نصفين (والثاني) يكونان للعامل وعليه اداء رأس المال، والربح له والخسران عليه وللشافعي قولان كالوجهين، والاول أولى لان ملك كل واحد منهما ثابت في أحد العبدين فلا يزول بالاشتباه عن جميعه ولا عن بعضه بغير رضاه كما لو لم يكونا في يد المضارب ولاتا لو جعلناهما للمضارب أدى الى أن يكون تفریطه سببا لا تفراده بالربح وحرمان المتعدي عليه وعكس ذلك أولى وان جعلناهما شريكين أدى الى أن يأخذ أحدهما وبيع مال الآخر بغير رضاه وليس له فيه مال ولا عمل.

وبهذا قال ابن سيرين وحماد بن أبي سليمان وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال الحسن والنخعي والاوزاعي ومالك واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي ينفق من المال المعروف اذا شخص به عن البلد لان سفره لاجل المال فكانت نفقته فيه كأجر الحمال

ولنا أن نفقته تخصه فكانت عليه كنفقة الحضر وأجر الطبيب وثمن الطبيب لانه دخل على أنه لا يستحق من الربح الا الجزء المسمى فلا يكون له غيره ولأنه لو استحق النفقة أفضى الى أن يخص بالربح اذا لم يربح سوى النفقة، فأما ان شرط له النفقة صح وله ذلك لقول رسول الله ﷺ «المؤمنون على شروطهم» فان قدر له ذلك فحسن لان فيه قطع المنازعة وزوال الاختلاف قال احمد في رواية الاثرم أحب إلي ان يشترط نفقة محدودة وله ما قدر له من مأكول وملبوس ومركوب وغيره وان أطلق صح بص عليه، وله نفقته من المأكول خاصة ولا كسوة له قال احمد اذا قال له نفقته فانه ينفق قيل له فيكتسي؟ قال لا انما له النفقة، فان كان سفره طويلا يحتاج الى تجديد كسوة فظاهر كلام أحمد جوازها لانه قيل

(فصل) اذا تعدى المضارب وفعل ما ليس له فعله أو اشترى شيئاً نهى عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن أبي هريرة وحكيم بن حزام وأبي قلابة ونافع وإياس الشعبي والنخعي والحكم وحامد ومالك والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وعن علي رضي الله عنه لا ضمان على من شورك في الربح وروي معنى ذلك عن الحسن والزهرى

ولنا أنه متصرف في مال غيره بغير اذنه فلزمه الضمان كالغاصب ولا تقول بمشاركته في الربح فلا يتناوله قول علي رضي الله عنه، ومتى اشترى مال لم يؤذن فيه فربح فيه فالربح لرب المال نص عليه أحمد وبه قال أبو قلابة ونافع، وعن أحمد أنهما يتصدقان بالربح وبه قال الشعبي والنخعي والحكم وحامد قال القاضي قول أحمد يتصدقان بالربح على سبيل الورع وهو لرب المال في القضاء وهذا قول الاوزاعي وقال إياس بن معاوية ومالك الربح على ما شرطاه لانه نوع تعد فلا يمنع كون الربح بينهما على ما شرطاه كما لو لبس الثوب وركب دابة ليس له ركوبها وقال القاضي إذا اشترى في الذمة ثم نقد المال فالربح لرب المال وإن اشترى بيمين المال فالشراء باطل في إحدى الروايتين والأخرى هو موقوف على اجازة المالك فإن أجازته صح وإلا بطل، والمذهب الاول نص عليه أحمد في رواية الاثرم وقال أبو بكر لم يرو أنه يتصدق

له فلم يشترط الكسوة الا أنه في بلد بعيد وله مقام طويل يحتاج فيه الى الكسوة فقال اذا أذن له في النفقة فعل ما لم يحمل على مال الرجل ولم يكن ذلك قصده هذا معناه. وقال القاضي وأبو الخطاب اذا شرط له النفقة فله جميع نفقته من مأكول وملبوس بالمعروف وقال أحمد ينفق على معنى ما كان ينفق على نفسه غير متعبد بالنفقة ولا مضر بالمال ولم يذهب أحمد الى تقدير النفقة لان الاسعار تختلف وقد تقل وقد تكثر

(مسئلة) (فان اختلفا في قدر النفقة فقال أبو الخطاب يرجع في القوت الى الاطعام في الكفارة وفي الكسوة الى أقل ملبوس مثله لانه العادة فينصرف الاطلاق اليه كما انصرف اليه في الاطعام في الكفارة، فان كان معه مال لنفسه أو مضاربة أخرى أو بضاعة لآخر فالنفقة على قدر المالكين لانها لاجل السفر والسفر للمالكين فيجب أن تكون النفقة مقسومة على قدرها الا أن يكون رب المال قد شرط له النفقة من ماله مع علمه بذلك، ولو أذن له في السفر الى موضع معين أو غير معين ثم لقيه رب المال في السفر في ذلك الموضع أو في غيره وقد نض المال فاخذ ماله فطالبه العامل بنفقة الرجوع الى بلده لم يكن له ذلك لانه إنما استحق النفقة مادام في القراض وقد زال فزال النفقة ولذلك لو مات لم يجب تكفينه وقيل له ذلك لانه كان شرط له نفقة ذهابه ورجوعه وغره بتسفيره الى الموضع الذي أذن له فيه معتقدا أنه مستحق للنفقة ذهاباً ورجوعاً فاذا قطع عنه النفقة تضرر بذلك

(مسئلة) (فأذن له في التسري فاشترى جارية ملكها وصار ثمنها قرضاً نص عليه أحمد لان البضع لا يباح الا بملك أو نكاح لقوله سبحانه (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين)

بالربح إلا حنبل واحتج احمد بحديث عروة البارقي وهو ما روى أبو ليلى عن عروة بن الجعد قال : عرض للنبي صلى الله عليه وسلم جلب فأعطاني ديناراً فقال «عروة ائت الجلب فاشتر لنا شاة» فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشتريت شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منهما شاة بالدينار فجئت بالدينار وبالشاة فقالت يا رسول الله ﷺ هذا ديناركم وهذه شاةكم قال «وكيف صنعت؟» فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» رواه الاثرم ولأنه نماء مال غيره بغير اذن مالكة فكان لما ملكه كما لو غصب خنطة فزرعها، قلنا المضارب ففيه روايتان (احداهما) لاشيء لانه عقد عقد لم يؤذن له فيه فلم يكن له شيء كالفاصب وهذا اختيار أبي بكر والثانية له أجر لان رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً كما لو عقده باذن وفي قدر الاجر روايتان (احداهما) أجر مثله مالم يحط بالربح لانه عمل ما يستحق به العوض ولم يسلم له المسمى فكان له أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (والثانية) له الاقل من المسمى أو أجر المثل لانه ان كان الاقل المسمى فقد رضي به فلم يستحق أكثر منه وان كان الاقل أجر المثل لم يستحق أكثر منه لانه لم يعمل ما رضي به وان قصد الشراء لنفسه فلا

ولم يوجد التكاح فتعين الملك وبخروج ثمنها من المضاربة ويكون قرضاً في ذمته لما ذكرنا
(مسئلة) (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه، ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضعية من الربح سواء كان الربح والخسران في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في الاخرى أو أحدهما في سفره والآخر في أخرى لان الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً
(فصل) وفي ملك العامل نصيبه من الربح قبل القسمة روايتان (احداهما) يملكه ذكره القاضي وهو قول أبي حنيفة (والاخرى) لا يملكه ذكرها أبو الخطاب وهو قول مالك والشافعي قولان كالروايتين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشريكي العنان، ووجه الاول ان الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو ان يكون له جزء من الربح فاذا وجد وجب أن يملكه بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة بظهورها وقياساً على كل شرط صحيح في عقد ولانه مملوك ولا بد له من مالك ورب المال لا يملكه اتفاقاً ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يتمتع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربحه لاستحق من الربح أكثر مما شرط له ولا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه، قال أحمد في المضارب يطاء جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وإن ظهر فيه ربح فهي أم ولده وفيه دليل على انه يملك الربح بالظهور وهذا ظاهر المذهب
(فصل) إذا دفع إلى رجل مائة مضاربة نخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة لم ينقص رأس

أجر له رواية واحدة وقال القاضي وأبو الخطاب أن اشترى في ذمته ثم نقد المال فلا أجر له رواية واحدة وإن اشترى بعين المال فعلى روايتين .

(فصل) وعلى العامل أن يتولى بنفسه كل ما جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه من نشر الثوب وطيه وعرضه على المشتري ومساومته وعقد البيع معه وأخذ الثمن وإتقاده وشد الكيس وختمه وأحرازه في الصندوق ونحو ذلك ولا أجر له عليه لأنه مستحق للربح في مقابلته فإن استأجر من يفعل ذلك فلا أجر عليه خاصة لأن العمل عليه، فأما ما لا يليه العامل في العادة مثل النداء على المتاع ونقله إلى الخان فليس على العامل عمله وله أن يكثر من عمله نص عليه أحمد لأن العمل في المضاربة غير مشروط لمشقة اشتراطه فرجع فيه إلى العرف فإن فعل العامل ما لا يلزمه فله متبرعاً فلا أجر له وإن فعله ليأخذ عليه أجراً فلا شيء له أيضاً في المنصوص عن أحمد وخرج أصحابنا وجهاً أن له الأجر بناء على الشريك إذا انفرد بعمل لا يلزمه هل له أجر لذلك ؟ على روايتين وهذا مثله، والصحيح أنه لا شيء له في الموضعين لأنه عمل في مال غيره عملاً لم يجعل له في مقابلته شيء فلم يستحق شيئاً كالأجنبي (فصل) وإذا سرق مال المضاربة أو غصب فعلى المضارب طلبه والخاصة فيه في أحد الوجهين وفي

المال بالخسران لأنه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينتقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسع ويبقى رأس المال ثمانية وثمانين وثمانية وتسع درهم فإن كان أخذ نصف التسعين الباقية بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وإن كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة وتسع ولذلك إذا ربح المال ثم أخذ رب المال بعضه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال بقي رأس المال ثلاثة وثمانين وثلاثاً لأنه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلاثاً وحققها من الربح ثلاثة وثلاث، ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لأنه أخذ نصف المال فبقي نصفه وإن كان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسون وثلاث لأنه أخذ ربع المال وسدسه بقي ثلثه وربعه وهو ما ذكرنا فإن أخذ ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لأن ما أخذه رب المال أنقصت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقتها إياه وقد أخذ منه الربح عشرة لأن سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وإن لم يرد الأربعين كلها بل رد منها إلى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

(مسألة) (فإن اشترى سلعتين فربح في أحدهما وخسر في الأخرى أو تلفت جبرت الوضعية من الربح)

إذا دفع إلى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبداً فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئاً إلا بعد كمال الالفين وبه قال الشافعي الأفيها

الآخر ليس عليه ذلك لان المضاربة عقد على التجارة فلا تدخل فيه الخصومة والاول أولى لانه يقتضي حفظ المال ولا يتم ذلك الا بالخصومة والمطالبة سيما اذا كان غائبا عن رب المال إما اسفر المضارب أو رب المال فانه لا يطالب له الا المضارب فان تركه ضاع، فعلى هذا ان ترك الخصومة والطلب به في هذه الحال غرمه لانه ضيعه وفرط فيه، وان كان رب المال حاضراً وعلم الحال لم يلزم العامل طلبه ولا يضمنه اذا تركه لان رب المال أولى بذلك من وكيله

(فصل) واذا اشترى للمضاربة عبداً فقتله عبد افسيره ولم يكن ظهر في المال ربح فالامر الى رب المال ان شاء اقتص وان شاء عفا على غير مال وتبطل المضاربة فيه لذهاب رأس المال وان شاء عفا على مال فان عفا على مال مثل رأس المال أو أقل أو أكثر فالمضاربة بحالها والربح بينهما على شرطها لانه وجد بدل عن رأس المال فهو كما لو وجد بدله بالبيع وان كان في العبد ربح فالقصاص اليها والمصالحة كذلك لكونها شريكتين فيه والحكم في انقساخ المضاربة وبقائها على ما تقدم

اذا تلف أحد العبدین فان أصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل أحد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان من رأس المال فكذلك بدله

ولنا ان تلفه بعد ان دار في القراض وتصرف في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال ديناراً فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة احدهما بربح الأخرى فحجر تلفها به كما لو كان رأس المال ديناراً واحداً ولانه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحاً حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا

(مسئلة) (وان تلف بعض رأس المال قبل التصرف فيه انفسخت فيه المضاربة)

وكان رأس المال الباقي خامة وتال بعض أصحاب الشافعي مذهب الشافعي ان التالف من الربح لان المال انما يصير قراضاً بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف أو بعده

ولنا انه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لانه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية الى الربح

(فصل) إذا دفع اليه ألفاً مضاربة ثم دفع اليه ألفاً أخرى واذن له في ضم أحدهما الى الآخر قبل التصرف

في الاول جاز وصار مضاربة واحدة كما لو دفعها اليه جميعاً، وان كان بعد التصرف في الاول في شراء المتاع لم يجوز لان حكم الاول استقر وكان ربحه وخسرانه مختصاً بضم الثاني اليه يوجب جبر خسران أحدهما بربح الآخر فاذا شرط ذلك في الثاني فسد فان نص الاول جاز ضم الثاني اليه لزوال هذا المعنى وان لم يأذن في ضم الثاني الى الاول لم يجوز نص عليه أحمد وقال اسحاق له ذلك قبل ان يتصرف في الاول ولنا انه أفرد كل واحد بعقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه فلا يجبر وضعية أحدهما بربح الآخر كما لو نهاء عن ذلك

(مسئلة) قال (وليس للمضارب ربح حتى يستوفي رأس المال)

يعني أنه لا يستحق أخذ شيء من الربح حتى يسلم رأس المال الى ربه ومتى كان في المال خسران وربح جبرت الوضيمة من الربح سواء كان الخسران والربح في مرة واحدة أو الخسران في صفقة والربح في أخرى أو أحدهما في سفرة والآخر في أخرى لان معنى الربح هو الفاضل عن رأس المال وما لم يفضل فليس بربح ولا نعلم في هذا خلافاً، وأما ملك العامل لتصيه من الربح بمجرد الظهور قبل القسمة فظاهر المذهب أنه يثبت هذا الذي ذكره القاضي مذهباً وبه قال أبو حنيفة، وحكى أبو الخطاب رواية أخرى أنه لا يملكه الا بالقسمة وهو مذهب مالك وللشافعي قولان كاللذهيين واحتج من لم يملكه بأنه لو ملكه لاختص بربحه ولو جب أن يكون شريكاً لرب المال كشريك العنان ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه وهو أن يكون له جزء من الربح فاذا وجد يجب أن يملكه

(مسئلة) (وان تلف المال ثم اشترى سلعة للمضاربة به فهي له وثمنها عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن أو جهل ذلك إلا أن يجوزه رب المال)

وذلك لانه اشتراها في ذمته وليست من مال المضاربة فاختصت به لانه لو صح شراؤه للمضاربة لكان مستديناً على غيره والاستدانة على الانسان بغير إذنه لا تجوز، فان أجاز له رب المال جاز في إحدى الروايتين والثمن عليه لان من اشترى شيئاً لغيره بغير إذنه وقف على إجازته فان أجاز له فهو له والا فهو للشترى وهذا كذلك، والثانية هو للعامل على كل حال لان هذا زيادة في مال المضاربة فلا تجوز **(مسئلة) (فان تلف بعد الشراء فالمضاربة بحالها والثمن على رب المال)**

لانه دار في التجارة ويصير رأس المال هذا الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هو التالف حكى عن أبي حنيفة ومحمد بن الحسن ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء فلو اشترى عبد بن بمائة فتلف أحدهما وباع الآخر بخمسين فأخذ منها رب المال خمسة وعشرين بقي رأس المال خمسين لان رب المال أخذ نصف المال الموجود فسقط نصف الجبران، ولو لم يتلف العبد وباعها بمائة وعشرين فأخذ رب المال ستين ثم خسر العامل فيها معه عشرين فله من الربح خمسة لان سدس ما أخذه رب المال ربح للعامل نصفه وقد انفسخت المضاربة فيه فلا يجبر به خسران الباقي ويبقى رأس المال خمسين فان اقتسم الربح خاصة ثم خسر عشرين فعلى العامل رد ما أخذه وبقي رأس المال تسعين لان العشرة الباقية مع رب المال تحسب من رأس المال

بحكم الشرط كما يملك المساقى حصته من الثمرة لظهورها وقياسا على كل شرط صحيح في عقد ولان هذا الربح مملوك فلا بد له من مالك ورب المال ولا يملك اتفاقا ولا تثبت أحكام الملك في حقه فلزم أن يكون للمضارب ولانه يملك المطالبة بالقسمة فكان مالكا كأحد شريكي العنان ولا يمنع أن يملكه ويكون وقاية لرأس المال كنصيب رب المال من الربح وبهذا امتنع اختصاصه بربحه ولانه لو اختص بربح نصيبه لا استحق من الربح أكثر مما شرط له لا يثبت بالشرط ما يخالف مقتضاه ثم قال أحمد اذا وطئ المضارب جارية من المضاربة فان لم يكن ظهر في المال ربح لم تكن أم ولده وان ظهر فيه ربح فهي أم ولده وهذا يدل على أنه يملك الربح بالظهور

(فصل) واذا دفع الى رجل مائة مضاربة بخسر عشرة ثم أخذ رب المال منها عشرة فارا الخسران لا ينقص به رأس المال لانه قد يربح فيجبر الخسران لكنه ينقص بما أخذه رب المال وهي العشرة وقسطها من الخسران وهو درهم وتسم درهم ويبقى رأس المال ثمانين وثمانية دراهم وثمانية أضع درهم

(فصل) ومهما بقي العقد على رأس المال وجب جبر خسارته من ربحه وان اقتسما الربح قال الاثوم سمعت أبا عبد الله يسأل عن المضارب يربح ويضم مرارا فقال يرد الوديعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا يجبر به وضيعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع حتى يحتسب حسبا كالقبض كقال ابن سيرين، قيل وكيف يكون حسبا كالقبض؟ قال يظهر المال يعني ينض ويحبيء فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه، قيل له فيحتسبان على المتاع؟ فقال لا يحتسبان الا على التناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع. قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضة حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كالقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ولو أن رب المال والمضارب اقتسما الربح وأخذ أحدهما شيئا باذن الآخر والمضاربة بحالها ثم خسر المضارب رد ما أخذ من الربح لاتنا تبينا انه ليس بربح ما لم تعجز الخسارة والله أعلم

(مسئلة) (واذا ظهر الربح لم يكن للعامل أخذ شيء الا بأذن رب المال)

لا نعلم في هذا بين اهل العلم خلافا لثلاثة أمور، احدها ان الربح وقاية لرأس المال فلا يؤمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابرا له فيخرج بذلك عن كونه ربحا، الثاني ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه الثالث، ان ملكه غير مستقر عليه لانه يعرض ان يخرج عن يديه لجبران خسارة المال فان اذن رب المال في ذلك جاز لان الحق لا يخرج عنها

(مسئلة) (واذا طلب العامل البيع فابى رب المال أجبر ان كان فيه ربح وإلا فلا)

وان كان أخذ نصف التسمين الباقية بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فسقط نصف الخسران وان كان أخذ خمسين بقي أربعة وأربعون وأربعة أنساع وكذلك اذا ربح المال ثم أخذ رب المال بمضاه كان ما أخذه من الربح ورأس المال فلو كان رأس المال مائة فربح عشرين فأخذها رب المال لبقى رأس المال ثلاثة وعشرين وثلاثا لانه أخذ سدس المال فنقص رأس المال سدسه وهو ستة عشر وثلاثان وحظها من الربح ثلاثة وثلاثا ولو كان أخذ ستين بقي رأس المال خمسين لانه أخذ نصف المال فبقى نصف المال وان أخذ خمسين بقي ثمانية وخمسين وثلاثا لانه أخذ ربع المال وسدسه فبقى ثلثه وربعه وهو ما ذكرناه، وان أخذ منه ستين ثم خسر في الباقي فصار أربعين فردها كان له على رب المال خمسة لان ما أخذه رب المال انفسخت فيه المضاربة فلا يجبر بربحه خسران ما بقي في يده لمفارقته إياه وقد أخذ من الربح عشرة لان سدس ما أخذه ربح فكانت العشرة بينهما وان لم يرد الأربعين كلها بل رد منها الى رب المال عشرين بقي رأس المال خمسة وعشرين

وجملة ذلك ان المضاربة من العقود الجائزة تنفسخ بفسخ احدها ايها كان وعموته والحجر عايه لسفه كالكالة ، ويستوي في ذلك ما قبل التصرف وبمده فان انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه وبه فان كان فيه ربح قسمه على ما شرطاً فان انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لان الحق لما فجاز ما اتفقا عليه وان طلب العامل البيع فابى رب المال وقد ظهر في المال ربع اجبر رب المال على البيع وهذا قول الثوري واسحاق لان حق العامل في الربح ولا يظهر الا بالبيع وان لم يظهر ربع لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالسه كذلك فلم يجبر على بيعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وقال بعضهم فيه وجه آخر أنه يجبر لانه ربما زاد فيه راغب فزاد على ثمن المثل فيكون للعامل في البيع حظ ولنا أن المضارب انما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم الا بالتقويم ألا ترى أن المستعير إذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعاً قيمة ذلك إلى مستحق الأرض ؟ فهنا أولى وما ذكرناه من احتمال الزيادة بزيادة راغب على القيمة فأما حدث ذلك بعد فسخ العقد فلا يستحقها العامل (مسئلة) (وإن انفسخ القراض والمال عرض فرضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً أو طلب البيع فله ذلك) أما إذا رضي رب المال أن يأخذ بماله عرضاً فله ذلك لأنه أسقط البيع عن المضارب وأخذ العروض بشئها الذي يحصل من غيره، وأما إذا طلب البيع وأبى العامل فقيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل عليه وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضاً كما أخذه (والثاني) لا يجبر إذا لم يكن في المال ربح وأسقط العامل حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبه الوكيل إذا اشترى ما يستحق رده نزالت وكالته قبل رده، ولو كان رأس المال دنانير فصار دراهم أو بالعكس فهو كالمالك عرضاً على ما شرح . إذا نض رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه إنما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه المال على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح .

(فصل) اذا اشترى رب المال من مال المضاربة شيئاً لنفسه لم يصح في احدي الروايتين وهو قول الشافعي ويصح في الاخرى وبه قال مالك والاوزاعي وابو حنيفة لانه قد تعلق حق المضارب به فجاز له شراؤه وكما لو اشترى من مكاتبه أو من عبده المأذون الذي عليه دين ولنا انه ملكه فلم يصح شراؤه له كشرائه من وكيله وعبده المأذون الذي لا دين عليه وفارق المكاتب فان السيد لا يملك ما في يده ولهذا لا يزكيه، وله اخذ مافيه شفعة بها، فأما المأذون له فلا يصح شراء سيده منه بحال ويحتمل ان يصح اذا استغرقته الديون لان الغرماء يأخذون ما في يده والصحيح الاول لان ملك السيد لم يزل عنه وان استحق اخذه كمال مفلس

(فصل) وان اشترى المضارب لنفسه من مال المضاربة ولم يظهر في المال ربح صح نحن عليه أحمد وبه قال مالك والثوري والاوزاعي واسحاق وحكي ذلك عن أبي حنيفة وقال أبو ثور البيه باطل لانه شريك. ولنا انه ملك لغيره فصح شراؤه له كما لو اشترى الوكيل من موكله وإنما يكون شريكاً

(مسئلة) (وإن كان ديناً لزم العامل تقاضيه) سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة لا يلزمه إلا أن يظهر ربح لانه لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

ولنا أن المضاربة تقتضي رد المال على صفته والديون لا تجري مجرى الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر ربح وكما لو كان رأس المال عرضاً، ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضاً لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منهما إلى حقه لا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) إذا مات أحد المتقارضين أو جن انفسخ القراض وقد ذكرناه فان كان رب المال فأراد الوارث أو وليه إتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاع وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، وإن كان المال عرضاً وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية علي بن سعيد إذا مات رب المال لم يجز للعامل أن يبيع ويشترى إلا باذن الورثة، فظاهر هذا إبقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا إتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفاصلة إلى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي؟ وذكر القاضي وجهاً آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض، قال شيخنا وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضاً كان ابتداء قرض وكانت حصة العامل من الربح شركة يخص بها دون رب المال

إذا ظهر ربح لانه إنا بشارك رب المال في الربح لا في أصل المال ومتى ظهر في المال ربح كان شراؤه كشراء أحد الشريكين على ما سذكروه

(فصل) وإن اشترى أحد الشريكين من مال الشركة شيئاً بطل في قدر حقه لانه ملكه وهل يصح في حصة شريكه؟ على وجهين بناء على تفريق الصفة، وتخرج الصحة في الجميع بناء على أن لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه، وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز لانه يشتري ملك غيره وقال أحمد في الشريكين في الطعام يريد أحدهما بيع حصته من صاحبه: إن لم يكونا يلمان كيله فلا بأس وإن علما كيله فلا بد من كيله يعني أن من علم مبلغ شيء لم يمه صبرة وإن باعه إياه بالكيل والوزن جاز (فصل) ولو استأجر أحد الشريكين من صاحبه داراً ليجرز فيها مال الشركة أو غرائر جاز نص عليه أحمد في رواية صالح، وإن استأجره لتقل الطعام أو غلامه أو دابته ففيه روايتان (إحداهما) الجواز لأن ما جاز أن يستأجر له غير الحيوان جاز أن يستأجر له الحيوان كالأجنبي (والأخرى)

وإن كان المال ناقصاً بتحسار أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جازنا ابتداء القراض هنا وبناءهما على القراض لصارت حصة المضاربة من الربح غير مختصة به وحصة من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فبما إذا كان المال ناقصاً وهذا لا يجوز في القراض بلا خلاف وكلام أحمد محمول على أنه يبيع ويشتري باذن الورثة كيومه وشرائه بعد انقضاء القراض، فاما إن مات العامل أو جن وأراد رب المال ابتداء القراض مع وارثه أو وليه والمال ناض جاز كما قلنا فبما إذا مات رب المال، وإن كان عرضاً لم يحز ابتداء القراض على العروض بأن تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لأن الذي كان منه العمل قد جن أو مات وذبح عمله ولم يخلف أصلا يني عليه وارثه بخلاف ما إذا مات رب المال فإن مال القراض موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه، وإن كان المال ناضاً جاز ابتداء القراض فيه فإن لم يبتدئاه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لأن رب المال إنما رضي باجتهاد وارثه فإذا لم يرض ببيعه رفعه إلى الحاكم ليبيعه فإن كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لأن القراض انفسخ وأما البيع فالحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه إذا انفسخت المضاربة ورب المال حي

(مسئلة) (وإن قارض في المرض فالربح من رأس المال وإن زاد على أجر المثل)

إذا قارض في مرضه صح لانه عقد يتقضى فيه الفضل أشبه البيع والشراء والعامل ما شرط له وإن زاد على أجر مثله ولا يحتسب به من ثلثه لأن ذلك غير مستحق من رب المال وإنما حصل بعمل المضارب فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل ولا يزاحم به أصحاب الوصايا لانه لو أقرض المال كان الربح كله للمقرض فبعضه أولى وهذا بخلاف مالو حاجي الأجير في الأجرة فإنه يحتسب بما حباه من ثلثه لأن الأجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل أن لا

لا يجوز لان هذا لا تجب الاجرة فيه الا بالعمل ولا يمكن ايفاء العمل في المشترك لان نصيب المستاجر غير متميز من نصيب المؤجر فاذا لا تجب الاجرة ، والدار والفرائر لا يعتبر فيهما ايقاع العمل انما تجب بوضع العين في الدار فيمكن تسليم العقود عليه

(مسئلة) (قال واذا اشترى سلعتين فربح في احدهما وخسر في الاخرى جبرت
الوضعية من الربح)

وجملته انه اذا دفع الى المضارب الفين فاشترى بكل ألف عبدا فربح في أحدهما وخسر في الآخر أو تلف وجب جبر الخسران من الربح ولا يستحق المضارب شيئا إلا بعد كمال الالفين وبهذا قال الشافعي الا فيما اذا تلف احد العبدین فان اصحابه ذكروا فيه وجهاً ثانياً ان التالف من رأس المال لانه بدل احد الالفين ولو تلف أحد الالفين كان رأس المال فكذلك بدله، ولنا انه تلف بعد ان دار في القراض وتصرف

يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل أن يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة من عينه والربح لا يخرج من عين المال إنما يحصل بالتقاييب

(مسئلة) (ويقدم به على سائر الغرماء اذا مات رب المال) لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه ولان حقه متعلق بعين المال دون الذمة فكان متقدماً على المتعلق بالذمة كحق الجناية أو كالمهرن (مسئلة) (وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة فهو دين في تركته)

وكذلك الوديعة ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن في ذمته وهو حي ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحتمل أن يكون المال قد هلك

ولنا أن الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل الى معرفة عينه فكان ديناً كالوديعة اذا لم يعرف عنها وكما اذا خلطها بماله على وجه لا يتميز منه ولأنه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاءه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عيناً من التركة لانه يحتمل أن تكون غير مال المضاربة فلم يبق إلا تعلقه بالذمة

(فصل) قال رضي الله عنه (والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وخسران) لانه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه أشبه الوكيل بخلاف المستعير فان قبضه لمنفعته خاصة والقول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو بعضه أو خسارة فيه ولا ضمان عليه في ذلك كالوكيل والقول قوله فيما يدعي عليه من خيانة أو تفريط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للقراض لان الاختلاف ههنا في نيته وهو أعلم بها لا يطلع عليها غيره فكان القول قوله فيما نواه كما لو اختلف الزوجان في نية الزوج بكتابة الطلاق ولانه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ، ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت هبتك عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لان الاصل عدم النهي ولا نعلم في هذا كله خلافاً وكذلك القول قوله في

في المال بالتجارة فكان تلفه من الربح كما لو كان رأس المال دينارا واحدا فاشترى به سلعتين ولأنهما سلعتان تجبر خسارة إحداهما بربح الأخرى فحبر تلفها به كما لو كان رأس المال دينارا ولأنه رأس مال واحد فلا يستحق المضارب فيه ربحا حتى يكمل رأس المال كالذي ذكرنا، فلما ان تلف أحد الالفين قبل الشراء به والتصرف فيه أو تلف بعضه انفسخت المضاربة فيما تلف وكان رأس المال الباقي خاصة، وقال بعض الشافعية مذهب الشافعي أن التالف من الربح ورأس المال الالفان معاً لأن المال إنما يصيره قراضا بالقبض فلا فرق بين هلاكه قبل التصرف وبعده

ولنا أنه مال هلك على جهته قبل التصرف فيه فكان رأس المال الباقي كما لو تلف قبل القبض وفارق ما بعد التصرف لأنه دار في التجارة وشرع فيما قصد بالعقد من التصرفات المؤدية إلى الربح . (فصل) وإذا دفع إليه ألفا مضاربة ثم دفع إليه ألفا آخر مضاربة وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز وصاروا مضاربة واحدة كما لو دفعهما إليه مرة واحدة، وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد قال نص الأول جاز ضم الثاني إليه لزوال هذا المعنى وإن لم يأذن له في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك نص عليه أحمد وقال إسحاق له ذلك قبل أن يتصرف في الأول

قدر رأس المال كذلك قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر وقال إجماع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وبه نقول لأنه يدعى عليه قبض شيء وهو يشكره والقول قول المنكر . **(مسئلة)** والقول قول رب المال في رده إليه مع يمينه (نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قول العامل لأنه أمين ولأن معظم النفع لرب المال فالعامل كلودع وينبغي أن يخرج لنا مثل ذلك بناء على دعوى الوكيل الرد إذا كان بجعل، ووجه الأول أنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستجير ولأن رب المال منكر والقول قول المنكر والمودع لا نفع له في الوديعة وقولهم إن معظم النفع لرب المال ممنوع وإن سلم إلا أن المضارب لم يقبضه إلا لنفع نفسه لم يأخذه لنفع رب المال .

(مسئلة) (وفي الجزء المشروط للعامل) إذا اختلفا فيما شرط للعامل ففقدوا إتيان (إحدهما) القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن منصور وسندي وبه قال الثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المنذر لأن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل والقول قول المنكر (والثانية) أن العامل إن ادعى أجر المثل أو ما يتغابن الناس به فالقول قوله لأن الظاهر صدقه وإن ادعى أكثر فالقول قول رب المال فيما زاد على أجر المثل كالزوجهين إذا اختلفا في الصداق وقال الشافعي يتحالفان لأنهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالمتبايعين

ولنا انه أفرد كل واحد بمقد فكانا عقدين لكل عقد حكم نفسه ولا تجبر وضعة أحدهما بربح الآخر كما لو نهاه عن ذلك

(فصل) قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن المضارب يربح ويضع مرارا فقال يرد الوضعة على الربح الا أن يقبض المال صاحبه ثم يرده اليه فيقول اعمل به ثانية فما ربح بعد ذلك لا تجبر به وضعة الاول فهذا ليس في نفسي منه شيء وأما ما لم يدفع اليه فحتى يحتسب حسابا كلقبض كما قال ابن سيرين ، قيل وكيف يكون حسابا كلقبض ؟ قال يظهر المال يعني ينص ويحيى فيحتسبان عليه فان شاء صاحب المال قبضه ، قيل له فيحتسبان على المتاع ؟ فقال لا يحتسبان الا على الناض لان المتاع قد ينحط سعره ويرتفع ، قال أبو طالب قيل لاحد رجل دفع الى رجل عشرة آلاف درهم مضاربة فوضع فبقيت ألف فحاسبه صاحبها ثم قال له اذهب فاعمل بها فربح ؟ قال يقاسمه ما فوق الالف يعني اذا كانت الالف ناضه حاضرة ان شاء صاحبها قبضها فهذا الحساب الذي كلقبض فيكون أمره بالمضاربة بها في هذه الحال ابتداء مضاربة ثانية كما لو قبضها منه ثم ردها اليه فأما قبل ذلك فلا شيء للمضارب حتى يكمل عشرة آلاف ، ولو ان رب المال والمضارب اقتسما الربح أو أخذ أحدهما منه شيئا باذن صاحبه والمضاربة بحالها ثم سافر المضارب به فخرس كان على المضارب رد ما أخذه من الربح لا تاتيننا انه ليس بربح ما لم تنجبر الخسارة

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولأنه اختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلافها فيه والمتبايعان يرجعان على رءوس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(مسئلة) (وان قال أذنت لي في البيع نساء وفي الشراء بخمسة فأنكره رب المال وقال انما أذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بأربعة فالقول قول العامل)

نص عليه أحمد وبه قال أبو حنيفة وقيل القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الأصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته . ولنا أنها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كما لو قال نهيته عن شراء عبد فأنكره انتهى .

(مسئلة) (وان قال ربحتم الفأثم خسرناها أو تلفت قبل قوله) لانه أمين يقبل قوله فقبل في الخسارة كالوكيل :

(مسئلة) (وان قال غلطت أو نسيت لم يقبل قوله) لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع عنه كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع ولو ان العامل خسر فقال لرجل أقرضني ما أتم به رأس المال لأعرضه على ربه فاني أخشى ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فأقرضه فعرضه على رب المال فقال هذا رأس مالك فأخذه فله ذلك ، ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا شهادة المقرض له لانه يجبر الى نفسه نقعا وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال وأقر أنه له ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) وإذا قارض في مرضه صح لانه عقد يتنق به الفضل فأشبهه البيع والشراء وللعامل ما شرط له من الربح وان زاد على شرط مثله وإلا يحتسب به من ثلثه لان ذلك غير مستحق من مال رب المال وإنما حصل بعمل المضارب في المال فما يوجد من الربح المشروط يحدث على ملك العامل بخلاف ما لو حابى الاخير في الاجر فانه يحتسب بما حاباه من ثلثه لان الاجر يؤخذ من ماله، ولو شرط في المساقاة والمزارعة أكثر من أجر المثل احتمل ان لا يحتسب به من ثلثه لان الثمرة تخرج على ملكيها كالربح في المضاربة واحتمل ان يكون من ثلثه لان الثمرة زيادة في ملكه خارجة عن عينه والربح لا يخرج عن يمين المال إنما يحصل بالتقليب

(فصل) وإذا مات رب المال قدمنا حصة العامل على غرمائه ولم يأخذوا شيئاً من نصيبه لانه يملك الربح بالظهور فكان شريكاً فيه وليس لرب المال شيء من نصيبه فهو كالشريك بماله ولان حقه متعلق بيمين المال دون الذمة فكان مقدماً كحق الجناية ولانه متعلق بالمال قبل الموت فكان أسبق كحق الرهن

(فصل) وان مات المضارب ولم يعرف مال المضاربة بيمينه صار ديناً في ذمته ولصاحبه أسوة الغرماء وقال الشافعي ليس على المضارب شيء لانه لم يكن له في ذمته وهو حي شيء ولم يعلم حدوث ذلك بالموت فانه يحمّل ان يكون المال قد هلك

(فصل) وإذا دفع رجل الى رجلين مالا قراضاً على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف فقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو الف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف أنه الف فالربح الفان ونصيبه منهما خمسمائة يبقى الفان وخمسمائة يأخذ رب المال الفين لان الآخر يصدقه يبقى خمسمائة ربما بين رب المال والعامل الآخر يقتسمانه اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها وذلك لان نصيب رب المال نصف الربح ونصيب العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيما زاد على قدر نصيبه كالتالف منها والتالف يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

(فصل) اذا دفع الى رجل الفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قراضاً ورجحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فكان القول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسم الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرط له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله كما أن القول قول رب المال في ماله فاذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط إنما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، فان أقام كل واحد منهما بينه

ولنا ان الاصل بقاء المال في يده واختلاطه بحملة التركة ولا سبيل الى معرفة عنه فكان ديننا كالوديعة اذا لم تعرف عنها ولانه لا سبيل الى اسقاط حق رب المال لان الاصل بقاؤه ولم يوجد ما يعارض ذلك ويخالفه ولا سبيل الى اعطائه عينا من هذا المال لانه يحتمل ان يكون من غير مال المضاربة فلم يبق الا تعلقه بالذمة

(مسئلة ١٠) قال (واذا تبين المضارب ان في يده فضلا لم يكن له اخذ شيء منه الا بأذن رب المال)

وجملته ان الربح اذا ظهر في المضاربة لم يحز للمضارب اخذ شيء منه بغير إذن رب المال لانعلم في هذا بين أهل العلم خلافاً وانما لم يملك ذلك لامور ثلاثة (أحدها) ان الربح وقاية لرأس المال فلا يأمن الخسران الذي يكون هذا الربح جابراً له فيخرج بذلك عن ان يكون ربها (الثاني) ان رب المال شريكه فلم يكن له مقاسمة نفسه (والثالث) ان ملكه عليه غير مستقر لانه بعرض ان يخرج عن يده بحيران خسارة المال وان أذن رب المال في اخذ شيء جاز لان الحق لها لا يخرج عنها

(فصل) وان طلب أحدهما قسمة الربح دون رأس المال وأبى الآخر قدم قول الممنوع لانه ان كان رب المال فلائنه لا يأمن الخسران في رأس المال فيجبره بالربح وان كان العامل فانه لا يأمن ان يلزمه رد

بدعواه فنص أحمد في رواية منها أنها مائة عارضان ويقسم المال بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً احتمل أن يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أقول الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلم يستحق زيادة وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قراضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قراضاً حلف كل واحد منهما على إنكار ما ادعاه خصمه وكان للعامل أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قراضاً وقال العامل كان قراضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) وإذا شرط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله واراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه او قد رجع الى مالكه وبه قال ابو حنيفة اذا كان المال في يديه وليس له ذلك بعد رده .

ولنا انه امين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقياً في يديه وكالوصي اذا ادعى النفقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه احدهما بامر الآخر بالثبوت وقال له اقبض ثمنه وادعى المشتري أنه قبضه وصدقه الذي لم يبيع يرى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه وكيله حقه فيرى المشتري منه كما لو أقر بقبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري

ما أخذ في وقت لا يقدر عليه وإن تراضيا على ذلك جاز لأن الحق لهما وسواء اتفقا على قسمة جميعه أو بعضه أو على أن يأخذ كل واحد منهما شيئا معلوما ينفقه، ثم متى ظهر في المال خسران أو تلف كله لزم العامل رد أقل الامرين مما أخذه أو نصف خسران المال إذا اقتسما الربح نصفين وبهذا قال الثوري والشافعي واسحاق، وقال أبو حنيفة لا تجوز القسمة حتى يستوفي رب المال ماله، قال ابن المنذر إذا اقتسما الربح ولم يقبض رب المال رأس ماله فأكثر أهل العلم يقولون برد العامل الربح حتى يستوفي رب المال ماله

ولنا على جواز القسمة أن المال لهما فجاز لهما أن يقتسما بعضه كالشريكين أو نقول أنهما شريكان فجاز لهما قسمة الربح قبل المفصلة كـ شريكي العنان

(فصل) والمضاربة من العقود جائزة تنفسخ بفسخ أحدهما أيها كان وبموته ووجونه والحجر عليه لفسفه لانه متصرف في مال غيره بإذنه فهو كالوكيل، ولا فرق بين ما قبل التصرف وبعده فإذا انفسخت والمال ناض لا ربح فيه أخذه ربه وإن كان فيه ربح قسم الربح على ما شرطاه، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما، وإن طلب العامل البيع وأبى رب المال وقد ظهر في المال ربح أجبر رب المال على البيع وهو قول اسحاق والثوري لأن حق العامل في الربح ولا يظهر إلا بالبيع وإن لم يظهر ربح لم يجبر لانه لا حق له فيه وقد رضيه مالكة كذلك فلم يجبر على

فإن خاصمه شريكه وادعى عليه أنك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه فإن كان للعدعي يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجربها الى نفسه نقماً وإن خاصم البائع المشتري فالقول قول البائع مع يمينه في عدم القبض لانه منكر فإذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه يقر أنه يأخذه ظالماً فلا يستحق مشاركته فيه وإن كانت للمشتري يمينه حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجربها الى نفسه نقماً ومن شهد شهادة يجربها الى نفسه نقماً بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين خاصة الشريك قبل خاصة المشتري أو بعدها وإن ادعى المشتري أن شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائم نظرت فإن كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبها وإن لم يأذن له فيه لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لأن البائم لم يوكله في القبض فقبضه لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي، ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه من غير يمين لأن المشتري مقر ببقاء حقه وإن دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فإذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لأن الدين لهما ثابت بسبب واحد فما قبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثاً وله أن لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لأن كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد نصيبه في

يُعه وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم فيه وجه آخر انه يجبر على البيع لانه ربما زاد فيه زائد
أو رغب فيه راغب فزاد على من المثل فيكون للعامل في البيع حظ

ولنا أن المضارب إنما استحق الربح الى حين الفسخ وذلك لا يعلم إلا بالتقويم ألا ترى أن
المستعير اذا غرس أو بنى أو المشتري كان للمعير والشفيع أن يدفعما قيمة ذلك لانه مستحق للارض
فهيها أولى وماذكروه من احوال الزيادة بزيادة مزائد أو راغب على قيمته قائما حدث ذلك بعد فسخ
العقد فلا يستحقها العامل، وان طلب رب المال البيع وأبى للعامل ففيه وجهان (أحدهما) يجبر العامل
على البيع وهو قول الشافعي لان عليه رد المال ناضا كما أخذه (والثاني) لا يجبر اذا لم يكن في المال
ربح أو أسقط حقه من الربح لانه بالفسخ زال تصرفه وصار أجنياً من المال فأشبه الوكيل اذا اشترى
ما يستحق رده فزالت وكلته قبل رده ، ولو كان رأس المال دائر فصار دراهم أو دراهم فصار دنانير
فهو كما لو كان عرضا على ما شرح ، واذا نص رأس المال جميعه لم يلزم العامل أن ينض له الباقي لانه
شركة بينهما ولا يلزم الشريك أن ينض مال شريكه ولانه انما لزمه أن ينض رأس المال ليرد اليه رأس
ماله على صفته ولا يوجد هذا المعنى في الربح

(فصل) وان انفسخ انقراض والمال دين لزم العامل تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر
وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان ظهر ربح لزمه تقاضيه وان لم يظهر ربح لم يلزمه تقاضيه لانه
لا غرض له في العمل فهو كالوكيل

صفقة، ويخالف الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعس فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعس لانه
اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث
يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه، فان قاننا له مشاركته فيما قبض فعليه اليقين
أنه لم يستوف حقه من المشتري وبأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا
حلف له أيضاً أنه ما قبض منه شيئاً وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بموض ما أخذ منه
لانه مقر ان المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وإنما أخذ منه ظلماً فلا يرجع بما ظلمه هذا
على غيره، وإن خاصم المشتري شريك البائع وادعى عليه انه قبض الثمن منه وكانت له يئنة حكم بها
وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلاً لانه لا يجبر الى نفسه نقماً ولا يدفع عنه ضرراً لانه اذا ثبت
ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا
ذكر بعض أصحابنا، قال شيخنا وعندي لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة
شريكه له فيما يقبضه من المشتري فاذا لم يكن يئنة فخلف اخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل
أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فنصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد وينح أحدهما

ولنا أن المضاربة تقتضي ردد رأس المال على صفته والديون لا تجري بحري الناض فلزمه أن ينضه كما لو ظهر في المال ربح وكما لو كان رأس المال عرضا ويفارق الوكيل فانه لا يلزمه رد المال كما قبضه ولهذا لا يلزمه بيع العروض، ولا فرق بين كون الفسخ من العامل أو رب المال فان اقتضى منه قدر رأس المال أو كان الدين قدر الربح أو دونه لزم العامل تقاضيه أيضا لانه إنما يستحق نصيبه من الربح عند وصوله اليها على وجه يمكن قسمته ووصول كل واحد منها الى حقه منه ولا يحصل ذلك إلا بعد تقاضيه

(فصل) وأي المتقارضين مات أو جن أنفسخ القراض لانه عقد جائز فأنفسخ بموت أحدهما وجنونه كالتوكيل فان كان الموت أو الجنون رب المال فأراد الوارث أو وليه أتمامه والمال ناض جاز ويكون رأس المال وحصته من الربح رأس المال وحصة العامل من الربح شركة له مشاعة وهذه الاشاعة لا تمنع لان الشريك هو العامل وذلك لا يمنع التصرف، فان كان المال عرضا وأرادوا إتمامه فظاهر كلام أحمد جوازه لانه قال في رواية على بن سعيد اذا مات رب المال لم يحجز للعامل أن يبيع ولا يشري الا باذن الورثة، فظاهر هذا بقاء العامل على قراضه وهو منصوص الشافعي لان هذا أتمام للقراض لا ابتداء له ولان القراض إنما منع منه في العروض لانه يحتاج عند المفصلة الى رد مثلها أو قيمتها ويختلف ذلك باختلاف الاوقات وهذا غير موجود ههنا لان رأس المال غير العروض وحكمه باق .

الاتفاق دون الآخر ثم ان مالك نصفه والناصب باع العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الناصب، وان وكل الشريك الناصب او وكل الناصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الناصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفريق الصفقة وقد بطل البيع في بعضها فيبطل في سائرهما بخلاف ما إذا باع المالك والناصب فلهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو أن الناصب ذكر للمشتري أنه وكيل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد .

(فصل) إذا كان لرجلين دين بسبب واحد اما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غير ذلك فقبض أحدهما منه شيئاً فلا آخر مشاركته فيه في ظاهر المذهب وعن احمد ما يدل على أن لأحدهما أخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذ وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بعت أنا وصاحبي متاعاً بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاة وأنا أعطي شريكك بعد؟ قال لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه؟ قال يجوز، قيل فقد قال ابو عبيد يجوز أن يأخذ دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه فذكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وابو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو نصيبه قال فرأيت قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حنبل وحرب أنه لا يجوز أن يكون نصيب

ألا ترى أن للعامل أن يبيعه ليسلم رأس المال ويقسم الباقي وذكر القاضي وجها آخر أنه لا يجوز لان القراض قد بطل بالموت وهذا ابتداء قراض على عروض وهذا الوجه أقيس لان المال لو كان ناضا كان ابتداء قراض وكانت حصة العامل من الربح شركة له يختص بها دون رب المال ، وان كان المال ناضا بخسارة أو تلف كان رأس المال الموجود منه حال ابتداء القراض فلو جوزنا ابتداء القراض ههنا وبناءهما على القراض لصارت حصة العامل من الربح غير مختصة به وحصتها من الربح مشتركة بينهما وحسبت عليه العروض بأكثر من قيمتها فيما إذا كان المال ناقصا وهذا لا يجوز في القراض بخلاف ، وكلام أحد يحمل على أنه يبيع ويشترى بأذن الورثة كبيعته وشراؤه بعد انفساخ القراض . فأما ان مات العامل أو جن واراد ابتداء اقراض مع وارثه أو وليه فان كان ناضا جاز كما قلنا فيما اذا مات رب المال وان كان عرضا لم يجوز ابتداء القراض الا على الوجه الذي يجوز ابتداء القراض على العروض بان تقوم العروض ويجعل رأس المال قيمتها يوم العقد لان الذي كان منه انعمل قد مات او جن وذهب عمله ولم يخلف اصابني عليه وارثه بخلاف ما اذا مات رب المال فان المال المقارض عليه موجود ومنافعه موجودة فأمكن استدامة العقد وبناء الوارث عليه ، وان كان المال ناضا جاز ابتداء القراض فيه اذا اختار ذلك فان لم يتدناه لم يكن للوارث شراء ولا بيع لان رب المال انما رضي باجتهد مورثه فاذا لم يررض ببيعه رفعه الى الحاكم لبيعه فأما ان كان الميت رب المال فليس للعامل الشراء لان القراض انفسخ فأما البيع فان الحكم فيه وفي التقويم واقتضاء الدين على ما ذكرناه اذا فسخت المضاربة ورب المال حي

القابض له فيما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضا الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً ، ولغير القابض الرجوع على القابض بحصته من الدين سواء كان المال باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره ، وله ان يرجع على الغريم لان الحق ثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق احدهما إلى الآخر فان أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لان حقه ثبت في أحد المحلين فاذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر ، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيك نصف ما قبضت بل الخيرة اليه من أيهما شاء قبض فان قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله فان هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمه للشريك لانه قدر حقه فا تعدى بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الاصل مشتركاً وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه بريء منه لانه بمنزلة تلفه ولا يرجع على غريمه بشيء وان أبرأ أحدهما من عشر الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للبريء أربعة أنساعه ولشريكه خمسة أنساعه فان قبضا لنصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت براءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على ثمانية للبريء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضا بعد ذلك اقتسماه على هذا ، وإن اشترى أحدهما بنصيبه ثوباً أو غيره فلا خسر لإبطال الشراء فان بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن

(فصل) اذا تلف المال قبل الشراء انفسخت المضاربة لزوال المال الذي تعلق المقدم به وما اشتراه بعد ذلك للمضاربة فهو لازم له والثمن عليه سواء علم بتلف المال قبل نقد الثمن او جهل ذلك وهل يقف على اجازة رب المال ، على روايتين (احدهما) ان اجازة فالثمن عليه والمضاربة بحالها وان لم يجزه لزم العامل (والثانية) هو للعامل على كل حال فان اشترى للمضاربة شيئاً فتلف المال قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق ويلزم رب المال الثمن ويصير رأس المال الثمن دون التالف لان الاول تلف قبل التصرف فيه وهذا قول بعض الشافعية ومنهم من قال رأس المال هذا والتالف وحكي ذلك عن ابي حنيفة ومحمد بن الحسن

ولنا ان التالف تلف قبل التصرف فيه فلم يكن من رأس المال كما لو تلف قبل الشراء ، ولو اشترى عبدان بمال المضاربة فتلف أحد العبدان كان تلفه من الربح ولم ينقص رأس المال بتلفه لانه تلف بعد التصرف فيه، وان تلف العبدان كلاهما انفسخت المضاربة لزوال مالها كله فان دفع اليه رب المال بعد ذلك ألقا كان التالف رأس المال ولم يضم الى المضاربة الاولى لانها انفسخت لذهاب مالها

(مسئلة) (قال واذا اتفق رب المال والمضارب على ان الربح بينهما والوضيعة عليهما كان الربح بينهما والوضيعة على المال)

وجملته انه متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل لانهم فيه خلافا

أجاز البيع ليملك نصف الثوب انبنى على بيع الفضولي هل يقف على الاجازة او لا ؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز لانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فان قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي ، والاوى أن له الرجوع لان الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه ، واما إذا قلنا بالرواية الاخرى وأن ما قبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها ان ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه او وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لوكيله فلا يثبت له فيه حق ويكون لقا بوضه ثبوت يده عليه بحق فأشبهه مالو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعينه بالابراء ولانه لو كان لغير القابض حق في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولان هذا القبض ان كان بحق لم يشاركه غيره فيه كمالو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبته لان حقه في الذمة لا في العين فأشبهه مالواخذ غاصب منه مالا ، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به وليس لشريكه الرجوع عليه ، وإن اشترى بنصيبه شيئاً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء ، وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ التريم بما زاد على حقه (فصل) الثالث شركة الوجوه وقد اختلف في تفسيرها قال الحرفي وهو ان يشرك اثنان بمال غيرهما وقال القاضي معناها ان يدفع واحد ماله الى اثنين مضاربة فيكون المضاربان شريكين في

والعقد صحيح نص عليه أحمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكي ذلك عن الشافعي لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحدهما فضل دراهم والمذهب الأول ولنا أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به كما لو شرط لزوم المضاربة ، ويفارق شرط الدراهم لأنه إذا فسد الشرط ثبتت حصة كل واحد منهما في الربح بمجولة

(فصل) والشروط في المضاربة تنقسم قسمين صحيح وفاسد : فالصحيح مثل أن يشترط على العامل أن لا يسافر بالمال أو أن يسافر به أو لا يتجرأ في بلد بعينه أو نوع بعينه أو لا يشتري إلا من رجل بعينه فهذا كله صحيح سواء كان النوع مما يعم وجوده أولاً يعم والرجل ممن يكثر عنده المتاع أو يقل وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال مالك والشافعي إذا شرط أن لا يشتري إلا من رجل بعينه أو سلعة بعينها أو ما لا يعم وجوده كالياقوت الأحمر والحلبلق لم يصح لأنه يمنع مقصود المضاربة وهو التقلب وطلب الربح فلم يصح كما لو اشترط أن لا يبيع ويشتري إلا من فلان أو أن لا يبيع إلا بمثل ما اشترى به

الربح بمال غيرهما لأنهما إذا أخذوا المال بمجاههما لم يكونا مشتركين بملك غيرهما وهذا محتمل ، وقال غيره منها أنها اشتركا فيما يأخذان من مال غيرهما وحملوا كلام الحرقى على ذلك ليكون كلامه جامعاً لأنواع الشركة ، وعلى تفسير القاضي تكون الشركة بين ثلاثة ويكون الحرقى قد أدخل بذكر نوع من أنواع الشركة وهي شركة الوجوه على تفسير القاضي فأما شركة الوجوه على ما ذكره شيخنا في الكتاب المشروح فهي أن يشترك اثنان فيما يشتريان بمجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال على أن ما يشترياه فهو بينهما نصفين أو ثلثاً أو نحو ذلك وييمان ذلك فما قسم الله من الربح فهو بينهما فهي جائزة سواء عين أحدهما لصاحبه ما يشتره أو قدره أو ذكر صنف المال أو لم يعين شيئاً من ذلك بل قال ما اشترت من شيء فهو بيننا ، قال أحمد في رواية ابن منصور في رجلين اشتركا بغير دروس أموالهما على أن ما يشتره كل واحد منهما بينهما فهو جائز وهذا قال الثوري ومحمد بن الحسن وابن المنذر وقال أبو حنيفة لا يصح حتى يذكر الوقت أو المال أو صنفاً من الثياب ، وقال مالك والشافعي بشرط ذكر شرائط الوكالة لأن شرائط الوكالة معتبرة في ذلك من تعيين الجنس وغيره من شروط الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه ولنا أنها اشتركا في الابتاع وأذن كل واحد منهما للآخر فيه فصح وكان يتبايانا بينهما كما لو ذكر شرائط الوكالة وقولهم أن الوكالة لا تصح حتى يقدر الثمن والتوقع ممنوع وإن سلم فاعلم باعتبار في الوكالة المفردة أما الوكالة الداخلة في ضمن الشركة فلا يعتبر فيها ذلك بدليل المضاربة وركعة العنان فإن في ضمنها توكيلاً ولا يعتبر فيها شيء من هذا كذا هنا ، فعلى هذا أن قال لرجل ما اشترت اليوم من شيء فهو بيني وبينك نصفان وأطلق الوقت فقال نعم أو قال ما اشترت أنا من شيء فهو بيني وبينك نصفان جازو كانت شركة صحيحة لأنه أذن له في التجارة على أن يكون المبيع بينهما وهذا معنى الشركة ويكون توكيلاً له في شراء نصف المتاع بنصف الثمن فيستحق الربح في مقابلة ملكه الحاصل في المبيع سواء خص ذلك بنوع من المتاع وأطلق وكذلك لو قال ما اشتريناه

ولنا انها مضاربة خاصة لا تمنع الربح بالسكينة فصحت كما لو شرط ان لا يتجر الا في نوع يعم وجوده ولانه عقد يصح تخصيصه بنوع فصح تخصيصه في رجل بينه وسلمة بينها كالوكالة وقولهم انه يمنع المقصود ممنوع وإنما يقلله وتقليله لا يمنع الصحة كتخصيصه بالنوع ويفارق ما إذا شرط ان لا يبيع الا برأس المال فانه يمنع الربح بالسكينة وكذلك إذا قال لا تبع الا من فلان ولا تشتري الا من فلان فانه يمنع الربح أيضا لانه لا يشتري ما باعه الا بدون ثمنه الذي باعه به ولهذا لو قال لا تبع الا بمن اشتريت منه لم يصح لذلك

(فصل) ويصح تأقيت المضاربة مثل ان يقول ضاربك على هذه الدراهم سنة فاذا انقضت فلا تبع ولا تشتري قال مهنا سألت أحمد عن رجل أعطى رجلا ألفا مضاربة شهرا قال اذا مضى شهر يكون قرضا قال لا بأس به قلت فان جاء الشهر وهي متاع ؟ قال اذا باع المتاع يكون قرضا وقال أبو الخطاب في صحة شرط التأقيت روايتان (أحدهما) هو صحيح وهو قول أبي حنيفة (والثانية) لا يصح وهو قول الشافعي ومالك واختيار أبي حفص العكبري لثلاثة معان (أحدها) انه عقد يقع مطلقا فاذا شرط قطعه لم يصح كالنكاح (الثاني) ان هذا ليس من مقتضى العقد ولا له فيه مصلحة فأشبهه ما لو شرط ان لا يبيع، وبيان انه ليس من مقتضى العقد انه يقتضي ان يكون رأس المال ناضا فاذا منعه البيع لم

أو ما اشتراه أحدنا من تجارة فهو بيننا فكل واحد وكيل صاحبه كقيل عنه بالثمن لان مبناها على الوكالة والكفالة لان كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتره ويبيعه كقيل عنه بذلك

﴿ مسألة ﴾ (والملك بينهما على ما شرطاه) لقول رسول الله ﷺ المؤمنون على شروطهم، والوضعية على قدر ملكيها قياساً على شريكي العنان لأنها في معناها، والربح بينهما على ما شرطاه لذلك، ويحتمل أن يكون على قدر ملكيها قاله القاضي لان الربح يستحق بالضمان إذ الشركة وقعت عليه خاصة إذ لا مال لها فيشتركان على العمل فيه والضمان لا تفاضل فيه فلا يجوز التفاضل في الربح

ولنا أنهما شريكان في العمل والمال فجاز تفاضلهما في الربح مع تساويهما في المال كشريكي العنان

﴿ مسألة ﴾ (وهما في التصرفات كشريكي العنان)

يعني فيما يجب لها وعليهما وفي إقرارها وخصومتها وغير ذلك على ما ذكرناه وأيهما عزل صاحبه عن التصرف انزل لانه وكيله ، وسميت شركة الوجوه لأنها اشتركا فيما يشتران بمجاهاهما والجاه والوجه واحد يقال فلان وجيه إذا كان ذا جاه قال الله تعالى في موسى عليه السلام (وكان عند الله وجيهاً)

(فصل) الرابع شركة الابدان وهي أن يشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما فهي شركة صحيحة فهي أن يشتركا اثنان أو أكثر فيما يكتسبونه من المباح كالخطب والحشيش والثمار المأخوذة من الجبال والاصطياد والمعادن والتلصص على دار الحرب فهذا جائز نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال

ينص (الثالث) ان هذا يؤدي الى ضرر بالعامل لانه قد يكون الربح والحظ في بقية المتاع وبيعه بعد السنة فيمتنع ذلك بمضيها

ولنا انه تصرف يتوقت بنوع من المتاع فجاز توقيته في الزمان كالوكالة، والمعنى الاول الذي ذكره يبطل بالوكالة والوديعة، والمعنى الثاني والثالث يبطل تخصيصه بنوع من المتاع ولان لرب المال منعه من البيع والشراء في كل وقت اذا رضي ان يأخذ بماله عرضا فاذا شرط ذلك فقد شرط ما هو من مقتضى العقد فصح كالمو قال اذا انقضت السنة فلا تشتري شيئا وقد سلموا صحة ذلك

(فصل) واذا اشترط المضارب نفقة نفسه صح سواء كان في الحضر او السفر وقال الشافعي لا يصح في الحضر، ولنا ان التجارة في الحضر احدي حالتي المضاربة فصح اشتراط النفقة فيها كالسفر ولانه شرط النفقة في مقابلة عمله فصح كما لو اشترطها في الوكالة

(فصل) والشروط الناسدة تنقسم الى ثلاثة اقسام (أحدها) ما ينافي مقتضى العقد، مثل أن يشترط لزوم المضاربة أو لا يعزله مدة بعينها أو لا يبيع الا برأس المال أو أقل أو لا يبيع الا بمن اشترى منه أو شرط ألا يشتري أو لا يبيع أو أن يوليه ما يختاره من السلع أو نحو ذلك فهذه شروط فاسدة لانها تفوت المقصود من المضاربة وهو الربح أو تنهم الفسخ الجائز بحكم الاصل. (القسم الثاني) ما يعود

لابأس أن يشترك القوم بأبدانهم وليس لهم مال مثل الصيادين والطحالين والنخالين قد اشرك النبي صلى الله عليه وسلم بين عمار وسعد وابن مسعود فجاء سعد بأسيرين ولم يحيثا بشيء، وفسر احمد صفة الشركة في الغنمة فقال يشتركان فيما يصيبان من سلب المقتول لان القاتل يختص به دون الغنمين وبه قال مالك، وقال أبو حنيفة يصح في الصناعة ولا يصح في اكتساب المباح كالاحتشاش والاعتنام لان الشركة مقتضاها الوكالة ولا تصح الوكالة في هذه الاشياء لان من أخذها ملكها، وقال الشافعي شركة الابدان كلها فاسدة لانها شركة على غير مال فلم تصح كما لو اختلفت الصناعات

ولنا ما روى أبو داود والاثرم بإسنادهما عن عبد الله قال: اشتركتنا أنا وسعد وعمار يوم بدر فلم أجيء أنا وعمار بشيء وجاء سعد بأسيرين. ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم وقد قال أحمد أشرك بينهم النبي ﷺ فان قيل فالمغانم مشتركة بين الغنمين بحكم الله تعالى فكيف يصح اختصاص هؤلاء بالشركة فيها؟ وقال بعض الشافعية غنائم بدر كانت لرسول الله ﷺ فكان له ان يدفعها الى من يشاء فيحتمل أن يكون فعل ذلك لهذا قلنا أما الاول فالجواب عنه ان غنائم بدر كانت لمن أخذها قبل أن يشرك الله تعالى بينهم ولهذا نقل أن النبي ﷺ قال (من أخذ شيئا فهو له) فكان ذلك من قبيل المباحات من سبق الى شيء فهو له ويجوز أن يكون شرك بينهم فيما يصيبون من الاسلاب وانفل الا ان الاول اصح لقوله جاء سعد بأسيرين ولم أجيء أنا وعمار بشيء.

بجهالة الربح مثل أن يشترط للمضارب جزءاً من الربح مجهولاً أو ربح أحد الكسبين أو أحد الالفين أو أحد العبدین أو ربح إحدى السفرتين أو ما يربح في هذا الشهر أو أن حق أحدهما في عبد يشتره ، أو يشترط لأحدهما دراهم معلومة بجميع حقها أو ببعضه أو يشترط جزءاً من الربح لأجنبي فهذه شروط فاسدة لأنها تفضي إلى جهل حق كل واحد منهما من الربح أو إلى فواته بالكلية ومن شرط المضاربة كون الربح معلوماً (انقسم الثالث) اشتراط ما ليس من مصلحة المقدر ولا مقتضاه مثل أن يشترط على المضارب المضاربة له في مال آخر أو يأخذه بضاعة أو قرصاً أو أن يتقدمه في شيء بينه أو يرتفق ببعض السلع مثل أن يلبس الثوب ويستخدم العبد ويركب الدابة، أو يشترط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية أو أنه متى باع السلعة فهو أحق بها بالثمن ، أو شرط المضارب على رب المال شيئاً من ذلك فهذه كلها شروط فاسدة وقد ذكرنا كثيراً منها في غير هذا الموضع مملاً ، ومتى اشترط شرطاً فاسداً يهود بجهالة الربح فسدت المضاربة لأن الفساد لمعنى في العوض المعقود عليه فافسد العقد كما لو جعل رأس المال خمرأً أو خنزيراً ولأن الجهالة تمنع من التسليم فتفضي إلى التنازع والاختلاف ولا يعلم ما يدفعه إلى المضارب. وما عدا ذلك من الشروط الفاسدة فالمنصوص عن أحمد في أظهر الروايتين عنه أن العقد صحيح ذكره عنه الأثرم وغيره لأنه عقد يصح على مجهول فلم يبطله الشروط الفاسدة كالكساح

وأما الثاني فإن الله تعالى إنما جعل الغنيمة لئيبه عليه السلام بعد أن غنموا واختلفوا في الغنائم فأنزل الله تعالى (يسألونك عن الانفال قل الانفال لله والرسول) والشركة كانت قبل ذلك ويدل على صحة هذا أنها لو كانت لرسول الله ﷺ فاما ان يكون قد أباحهم أخذها فصارت كالمباحات أولم يبيحها لهم فكيف يشتركون في شيء لغيرهم؟ وفي هذا الخبر حجة على أبي حنيفة أيضاً لأنهم اشتركوا في مباح وفيما ليس بضاعة وهو يمنع ذلك ولأن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال وعلى أبي حنيفة أيضاً أنها اشتركا في مكسب مباح فصح كالو اشتراكا في الخياطة والقصارة ولا نسلم ان الوكالة لا تصح في المباحات فإنه يصح أن يستتيب في تحصيلها باجرة فكذلك يصح بغير عوض اذا تبرع أخذها بذلك كالتوكيل في بيع ماله ومبناها على الوكالة لأن كل واحد منهما وكيل صاحبه وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما

(مسألة) (وتصح مع اتفاق الصنائم رواية واحدة فأما مع اختلافهما ففيه وجهان)

(أحدهما) لا تصح اختاره أبو الخطاب وهو قول مالك لأن مقتضاها أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما ويطالب به كل واحد منهما فاذا تقبل أحدهما شيئاً مع اختلاف ضمانتهما لم يمكن الآخر أن يقوم به فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يطالب بما لا قدرة له عليه؟ (والثاني) تصح اختاره القاضي لأنهما اشتركا في مكسب مباح فصح كما لو اتفقت الصنائم ولأن الصنائم المتفقة قد يكون أحد الرجلين أحقق فيها من الآخر فربما يتقبل أحدهما مالا يمكن الآخر عمله ولم يمنع ذلك صحته فكذلك اذا اختلفت الصنائع

والتناق والطلاق ، وذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أخرى أنها تقسد العقد لانه بشرط فاسد فأفسد العقد كشرط دراهم معلومة أو شرط أن يأخذ له بضاعة والحكم في الشركة كالحكم في المضاربة سواء (فصل) وفي المضاربة الفاسدة فصول ثلاثة أحدها أنه إذا تصرف بغير تصرفه لانه أذن له فيه فإذا بطل العقد بقي الاذن فملك به التصرف كالوكيل ، فان قيل فلو اشترى الرجل شرا فاسدا ثم تصرف فيه لم ينفذ تصرفه مع أن البائع قد أذن له في التصرف قلنا لان المشتري يتصرف من جهة الملك لا بالأذن فان أذن له البائع كان على أنه ملك المأذون له فإذا لم يملك لم يصح وههنا أذن له رب المال في التصرف في ملك نفسه وما شرطه من الشرط الفاسد فليس بمشروط في مقابلة الاذن لانه أذن له في تصرف يقع له

(الفصل الثاني) أن الربح جميعه لرب المال لانه نماء ماله انما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسد الشرط فلم يستحق منه شيئا وكان له أجر مثله نص عليه أحمد وهو مذهب الشافعي واختار الشريفي أبو جعفر أن الربح بينهما على ما شرطاه واحتج بما روي عن احمد انه قال اذا اشتركا في العروض قسم الربح على ما شرطاه قال وهذه الشركة فاسدة واحتج بأنه عقد يصح مع الجهالة فيثبت المسمى في فاسده كالتكاح قال ولا أجر له وجعل احكامها كلها كاحكام الصحيحة وقد ذكرنا هذا قال القاضي أبو يعلى والمذهب ما حكينا وكلام أحمد محمول على انه صحح الشركة بالعروض وحكي

وقولهم يلزم كل واحد منهما ما يتقبله صاحبه قال القاضي يحتمل ان لا يلزمه ذلك كالوكيلين بدليل صحته في المباح ولا ضمان فيها وإن قلنا يلزمه امكنه تحصيل ذلك بالاجرة او بمن يتبرع له بعمله ويدل على صحة هذا انه لو قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل صحة الشركة وعمل كل واحد منهما غير عمل صاحبه. وقال زفر لا تصح الشركة اذا قال احدهما انا اتقبل وانت تعمل ولا يستحق العامل المسمى وإنما له اجر المثل . ولنا ان الضمان يستحق به الربح بدليل شركة الايمان وتقبل العمل بوجب الضمان على المتقبل ويستحق به الربح فصار كتقبله المال في المضاربة والعمل يستحق به العامل الربح كعمل المضارب فينزل منزلة المضاربة

(فصل) والربح في شركة الابدان على ما اتفقوا عليه من مساواة او تفاضل لان العمل يستحق به الربح وقد يتفاضلان في العمل فجاز تفاضلهما في الربح الحاصل به ولكل واحد منهما المطالبة بالاجرة والمستأجر دفعها الى كل واحد منهما وايهما دفعها اليه برىء منها، وان تلفت في يد احدهما من غير تفريط فهي من ضمانهما لانهما كالوكيلين في المطالبة، وما يتقبله كل واحد منهما من الاعمال فهو من ضمانهما يطالب به كل واحد منهما ويلزمه عمله لان هذه الشركة لا تنعقد إلا على الضمان ولا شيء فيها تنعقد عليه الشركة حال الضمان فكأن الشركة تضمنت ضمان كل واحد منهما عن الآخر ما يلزمه

عن مالك أنه يرجع إلى قراض المثل وحكي عنه أن لم يربح فلا أجر له، ومقتضى هذا أنه إن ربح فله الأقل مما شرط له أو أجر مثله ويحتمل أن يثبت عندنا مثل هذا لأنه إذا كان الأقل ما شرط له فقد رضى به فلا يستحق أكثر منه كما لو تبرع بالعمل الزائد

ولنا أن تسمية الربح من توابع المضاربة أو ركن من أركانها فإذا فسدت فسدت أركانها وتوابعها كالصلاة ولا تسلم في النكاح وجوب المسمى إذا كان العقد فاسدا وإذا لم يجب له المسمى وجب أجر المثل لأنه إنما عمل ليأخذ المسمى فإذا لم يحصل له المسمى وجب رد عمله إليه وذلك منه. نذر فتجب قيمته وهو أجر مثله كما لو تبايعا يما فاسدا وتبايعا وتلف أحد الموضين في يد القابض له وجب رد قيمته، فعلى هذا سواء ظهر في المال ربح أو لم يظهر، فأما إن رضى المضارب بالعمل بغير عوض مثل أن يقول قارضتك والربح كله لي فالصحيح أنه لا شيء للمضارب ههنا لأنه تبرع بعمله فأشبهه ما لو أعانه في شيء أو توكل له بغير جمل أو أخذ له بضاعة

(الفصل الثالث) في الضمان ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديبه وتقربطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما لم يكن مضموناً في صحيحه لم يضمن في فاسده وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف ومحمد يضمن

وننا أنه عقد لا يضمن ما قبضه في صحيحه فلم يضمنه في فاسده كالوكالة ولا إذا فسدت صارت إجارة ولا جبر لا يضمن سكنى ما تلف بغير تعديبه ولا فعله فكذا ههنا وأما الشركة إذا فسدت فقد ذكرنا ههنا قبل هذا

وقال القاضي رحمه الله إن لا يلزم أحدهما ما يلزم الآخر كما ذكرنا من قبل وما يتلف بتعدي أحدهما أو تقربطه أو تلفت يده على وجه يوجب الضمان عليه فهو عليه وحده وإن أقر أحدهما بما في يده قبل عليه شريكه لأن اليد له فيقبل إقراره بما فيها ولا يقبل إقراره بما في يد شريكه ولا يدين عليه إلا ما يدين له على ذلك

(مسألة) وإن مرض أحدهما فالكسب بينهما فإن طالبه الصحيح أن يقيم مقامه لزمه ذلك (وجه) إذا عمل أحدهما دون الآخر فالكسب بينهما قال ابن عقيل نص عليه أحمد في رواية أساطين بني هاني. وقد سئل عن الرجلين يشتركان في عمل الابدان فيأتي أحدهما بشيء ولا يأتي الآخر بشيء؟ فقال نعم هذا بمنزلة حديث سعد وعمار وابن مسعود يعني حيث اشتركوا فجاء سعد بأسيرين فأخفق الآخران ولأن العمل مضمون عليهما معا بضمانهما له وجبت الاجرة فتكون لهما كما كان الضمان عليهما ويكون العامل عوناً لصاحبه في حصته ولا يمنع ذلك استحقاقه كمن استأجر رجلاً ليقصر له ثوباً فاستعان القصار بإنسان فقصر معه كانت الاجرة للقصار المستأجر كذا ههنا وسواء ترك العمل لمرض أو غيره فإن طالب أحدهما الآخر أن يعمل معه أو يقيم مقامه من يعمل فله ذلك فإن امتنع فلا خير الفسخ ويحتمل أنه إذا ترك العمل لم يبر عذر أن لا يشارك صاحبه في أجره ما عمله

(مسئلة) قال: (ولا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي ذمك)

نص احمد على هذا وهو قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفاً قال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم انه لا يجوز أن يجعل الرجل ديناً له على رجل مضاربة ومن حفظنا ذلك عنه عطاء والحكم وحامد ومالك والثوري وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وبه قال الشافعي وقال بعض أصحابنا يحتمل أن تصح المضاربة لأنه إذا اشترى شيئاً للمضاربة فقد اشتراه باذن رب المال ودفع الدين إلى من أذن له في دفعه إليه فتراهم ذمته منه وبصير كما لو دفع إليه عرضاً وقال به وضارب بشئ وجعل أصحاب الشافعي مكان هذا الاحتمال ان الشراء لرب المال وللمضارب أجر مثله لأنه علقه بشرط ولا يصح عندهم تعليق القراض بشرط، والمذهب هو الاول لان المال الذي في يدي من عليه الدين له وإنما يصير لغيره بقضه ولم يوجد القبض ههنا وإن قال له اعزل المال الذي لي عليك وقد قارضتك عليه ففعل واشترى بعين ذلك المال شيئاً للمضاربة وقع الشراء للمشتري لأنه يشتري لغيره بمال نفسه فحصل الشراء له فان اشترى في ذمته فكذلك لأنه عقد القراض على ما لا يملكه وعلقه على شرط لا يملك به المال

(فصل) وإن قال لرجل اقبض المال الذي على فلان واعمل به مضاربة فقبضه وعمل به جاز في قولهم جميعاً ويكون وكيلاً في قبضه مؤتمناً عليه لأنه قبضه باذن مالك من غيره فجاز أن يجعله مضاربة كما لو قال اقبض المال من غلامي وضارب به قال مهناً سألت احمد عن رجل قال افرضني ألفاً شهراً ثم هو بعد

دونه لأنه إنما شاركه ليعملاً جميعاً فإذا ترك أحدهما العمل فما وفي بما شرط على نفسه فلم يستحق ما جعل له في مقابلته وإنما احتل ذلك فيما إذا تركه لعذر لأنه لا يمكن التحرز منه

(مسئلة) (وان اشتركا ليعملاً على دابتيهما والاجرة بينهما صح) لأنه نوع من الاكتساب والدابتان آلتان فأشبهها الاداة

(مسئلة) (فإذا تقبلا حمل شيء فحملاه عليهما أو على غير الدابتين صححت الشركة) والاجرة بينهما على ما شرطاه لان تقبليهما الحمل أثبت الضمان في ذمتها ولهما ان يحملوا بأي ظهر كان والشركة تنعقد على الضمان كشركة الوجوه فأشبه ما لو تقبلا قصارة فقصرها بغير أدانتهما

(مسئلة) (وان أجراهما بأعيانها فلكل واحد منهما أجرة دابته)

أما إذا أجرا الدابتين بأعيانها على حمل شيء بأجرة معلومة واشتركا على ذلك لم تصح الشركة ولكل واحد منهما أجرة دابته لأنه لم يجب ضمان الحمل في ذمتها وإنما استحق المكتري منفعة البهيمة التي استأجرها ولهذا تنفسخ الاجارة بموت الدابة المستأجرة ولان الشركة إما أن تنعقد على الضمان في ذمتها أو على عملها وليس هذا بواحد منهما فإنه لم يثبت في ذمتها ضمان ولا عملاً بإبدانها ما يجب الاجرة في مقابلته ولان الشركة تتضمن الوكالة والوكالة على هذا الوجه لا تصح ولهذا قال أجز

الشهر مضاربة قال لا يصلح وذلك لانه إذا أقرضه صار ديناً عليه وقد ذكرنا أنه لا يجوز أن يضارب بالدين الذي عليه ولو قال ضارب به شهراً ثم خذه قرضاً جاز لما ذكرنا فيما تقدم .

(فصل) ومن شرط المضاربة أن يكون رأس المال معلوم المقدار ولا يجوز أن يكون مجهولاً ولا جزأفاً ولو شاهداه وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو ثور وأصحاب الرأي يصح إذا شاهداه والقول قول العامل مع يمينه في قدره لانه أمين رب المال والقول قوله فيما في يديه فقام ذلك مقام المعرفة به

ولنا أنه مجهول فلم تصح المضاربة به كما لو لم يشاهداه وذلك لانه لا يدري بكم يرجع عند المفصلة؟ ولانه يفضي إلى المنازعة والاختلاف في مقداره فلم يصح كما لو كان في الكيس وما ذكره يطل بالسلم وبما إذا لم يشاهداه .

(فصل) ولو أحضر كيسين في كل واحد منهما مال معلوم المقدار وقال قارضتك على أحدهما لم يصح سواء تساوى ما فيهما أو اختلف لانه عقد تمنع صحته الجهالة فلم يحجز على غير معين كالبيع .

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان في يده وديعة جاز له أن يقول ضارب بها)

وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي وقال الحسن لا يجوز حتى يقبضها منه قياساً على الدين ولنا أن الوديعة ملك رب المال فجاز أن يضاربه عليها كما لو كانت حاضرة فقال قارضتك على هذا

عبدك وتكون أجرته ديني وبينك لم يصح كما لو قال بع عبدك وتمنه بيتنا لم يصح قال شيخنا ويحتمل ان تصح الشركة كما لو اشتركا فيما يكتسبان بأبدانهما من المباح فان أمان أحدهما صاحبه في التحصيل والذم كان له أجر مثله لأنها منافع وقاها بشبهة عقد

(فصل) فان كان لاحدهما أداة قصارة وآخر بيت فاشتركا على ان يعملأ بأداة هذا في بيت هذا والكسب بينهما جاز والاجرة على ما شرطاه لان الشركة وقعت على عملهما والعمل يستحق به الربح في الشركة والآلة والبيت لا يستحق بهما شيء لانهما يستعملان في العمل المشترك فصارا كالدايتين اللتين أجرها لحمل الشيء الذي تقبلا حمله، وان فسدت الشركة قسم الحاصل لهما على قدر أجر عملهما وأجر الدار والأداة، وان كانت لاحدهما آلة وليس للآخر شيء أو لأحدهما بيت وليس للآخر شيء فاتفقا على ان يعملأ بالآلة أو في البيت والاجرة بينهما جاز لما ذكرنا

(فصل) وان دفع رجل دابته الى آخر ليعملأ عليها وما رزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو ما شرطاه صح نص عليه أحمد في رواية الاثرم ومحمد بن أبي حرب واحمد بن سعيد ونقل عن الاوزاعي ما يدل على هذا وكره ذلك الحسن والنخعي ، وقال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر وأصحاب الرأي لا يصح والربح كله لرب الدابة لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها للعامل أجر مثله لان هذا ليس من اقسام الشركة إلا أن تكون المضاربة ولا تصح المضاربة بالمعروض ولان للمضاربة تكون

الالف وأشار إليه في زاوية البيت، وفارق الدين فإنه لا يصير عين المال ملكاً للغريم إلا بقبضه ولو كانت الوديعة قد تلفت بتفريطه وصارت في الذمة لم يجوز أن يضاربه عليها لأنها صارت ديناً .

(فصل) ولو كان له في يد غيره مال منصوب فضارب الغاصب به صح أيضاً لأنه مال لرب المال يباح له بيعه من غاصبه ومن يقدر على أخذه منه فأشبه الوديعة وإن تلف وصار في الذمة لم يجوز المضاربة به لأنه صار ديناً ومتى ضاربه بالمال المنصوب زال ضمان النصب بمجرد عقد المضاربة وبهذا قال أبو حنيفة وقال القاضي لا يزول ضمان النصب إلا بدفعه ثمناً وهو مذهب الشافعي لأن القراض لا ينافي الضمان بدليل ماله تعدى فيه . ولنا أنه ممسك للمال باذن مالكه لا يختص بنفعه ولم يتعد فيه فأشبهه ماله بقبضه إياه

(فصل) والعامل أمين في مال المضاربة لأنه متصرف في مال غيره باذنه لا يختص بنفعه فكان أميناً كالوكيل

وفارق المستعير فإنه قبضه لمنفعته خاصة وهما المنفعة بينهما، فعلى هذا القول قوله في قدر رأس المال قال ابن المنذر أجمع كل من يحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال كذا قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي وبه نقول ولأنه يدعي عليه قبض شيء وهو ينكره والقول قول المنكر وكذلك القول قوله فيما يدعيه من تلف المال أو خسارة فيه وما يدعي عليه من خيانة وتفریط وفيما يدعي أنه اشتراه لنفسه أو للمضاربة لأن الاختلاف هاهنا في نيته وهو أعلم بآمنائه لا يطلع على ذلك أحد سواء فكان القول قوله فيما نواه كالأول اختلف الزوجان في نية الزوج بكناية الطلاق ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله كالوكيل ولو اشترى عبداً فقال رب المال كنت نهيته عن شرائه فأنكر العامل فالقول قوله لأن الأصل عدم النهي وهذا كله لا نعلم فيه خلافاً

بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكها وقال القاضي يخرج أن لا يصح بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح فعلى هذا أن كان أجر الدابة بينها فالأجرة للمالكها وإن تقبل حمل شيء فحمله عليها أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه فالأجرة والتمن له وعليه أجر مثلها للمالكها ولنا أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد ببعض ثمنائها كالدرهم والدنانير وكالشجر في المساقاة والأرض في المزارعة قولهم ليس من أقسام الشركة ولا هو مضاربة قلنا نعم لكنه يشبه المساقاة المزارعة فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض ثمنائها مع بقاء عينها وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقة المال وهذا بخلافه وذكر القاضي في موضع آخر أن من استأجر دابة بنصف ما يرزق الله تعالى أو ثلثه جاز قال شيخنا ولا أرى لهذا وجهاً فإن الإجارة يشترط لصحتها العلم بالعوض وتقدير المدة أو العمل ولم يوجد ولأن هذا عقد غير منصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص فهو كسائر العقود الفاسدة إلا أن يربد بالإجارة المعاملة على الوجه الذي تقدم وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا بالمزارعة فقال لا بأس

(فصل) وان قال اذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة قال بل اذنت لك في البيع نقدا وفي الشراء بخمسة فالقول قول العامل نص عليه أحمد وبه قال ابو حنيفة ويحتمل ان القول قول رب المال وهو قول الشافعي لان الاصل عدم الاذن ولان القول قول رب المال في أصل الاذن فكذلك في صفته ولنا انها اتفقا على الاذن واختلفا في صفته فكان القول قول العامل كمالو قال قد نهيتك عن شراء عبد فأبكر النبي

(فصل) وان قال شرطت لي نصف الربح فقال بل ثلثة فمن أحمد فيه روايتان احدها القول قول رب المال نص عليه في رواية ابن المنصور وسندي وبه قال الثوري واسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وابن المبارك وابن المنذر لان رب المال ينكر السدس الزائد واشترطه له والقول قول المنكر والثانية ان العامل اذ ادعى اجر المثل وزيادة يتعاب الناس بمثلها فالقول قوله وان ادعى اكثر فالقول قوله فيما وافق اجر المثل وقال الشافعي يتحالفان لانهما اختلفا في عوض عقد فيتحالفان كالتبايعين

ولنا قول النبي ﷺ «ولكن اليمين على المدعى عليه» ولان الاختلاف في المضاربة فلم يتحالفوا كسائر ما قدمنا اختلفا فيها والمتبايعان يرجعان الى رد وس أموالهما بخلاف ما نحن فيه

(فصل) وان ادعى العامل رد المال فأنكر رب المال فالقول قول رب المال مع يمينه نص عليه أحمد ولاصحاب الشافعي وجهان أحدهما كقولنا والآخر يقبل قوله لانه أمين ولان معظم النفع لرب المال فالعامل كالمودع

ولنا انه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير ولان رب المال منكر والقول قول بالثوب يدفع بالثلث والرابع لحديث جابر ان النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر وهذا يدل على انه صار في هذا ومثله الى الجواز لشبهه بالمساقاة والمزارعة لا الى المضاربة والاجارة

(فصل) نقل أبو داود عن احمد فيمن يعطي فرسه على النصف من الغنيمة أرجو ان لا يكون به بأس قال اسحاق بن ابراهيم قال ابو عبد الله اذا كان على النصف والرابع فهو جائز وبه قال الاوزاعي ونقل أحمد بن سعيد عن احمد فيمن دفع عبده الى رجل ليكتسب عليه ويكون له ثلث ذلك او ربه فجائز والوجه فيه ما ذكرناه في مسألة الدابة وإن دفع ثوبه الى خياط ليفصله قصاً ويبيعها وله نصف ربحها بحق عمله جاز نص عليه في رواية حرب وكذلك ان دفع غزلا الى رجل ينسجه بثلث ثمنه او ربه جاز نص عليه، وقال مالك وابو حنيفة والشافعي لا يجوز شيء من ذلك لانه عوض مجهول وعمل مجهول وقد ذكرنا وجه جوازه فان جعل له مع ذلك دراهم لم يحجز نص عليه وعنه يجوز والصحيح الاول قال ابو بكر هذا قول قديم وما روي غير هذا فعليه المعتمد قال الاثرم سمعت ابا عبد الله يقول لا بأس بالثوب يدفع بالثلث والرابع وسئل عن الرجل يعطي الثوب بالثلث ودرهم او درهمين قال اكرهه لان هذا شيء لا يعرف والثلث اذا لم يكن معه شيء نراه جائزا لحديث جابر ان

(المغني والشرح الكبير) (٢٥) (الجزء الخامس)

المنكر وفارق المودع فان لا نفع له في الوديعة وقولهم ان معظم النفع لرب المال يمنعه وإن سلم الا ان المضارب لم يقبضه الا لنفع نفسه ولم يأخذه لنفع رب المال

(فصل) وان قال ربحنا ألفاً ثم قال خسرت ذلك قبل قوله لانه أمين يقبل قوله في التلف فقبل قوله في الخسارة كالوكيل وان قال غلظت او نسيت لم يقبل قوله لانه مقر بحق لا دمي فلم يقبل قوله في الرجوع كما لو أقر بان رأس المال ألف ثم رجع، ولو ان العامل خسرو فقال لرجل اقرضني ما أتم به رأس المال لأعرضه على ربه فاتي أخوتي ان ينزعه مني ان علم بالخسارة فاقضه فعرضه على رب المال وقال هذا رأس مالك فاخذه فله ذلك ولا يقبل رجوع العامل عن اقراره ان رجع ولا تقبل شهادة المقرض له لانه يجر الى نفسه نفعاً وليس له مطالبة رب المال لان العامل ملكه بالقرض ثم سلمه الى رب المال ولكن يرجع المقرض على العامل لا غير

(فصل) واذا دفع رجل الى رجلين ما لا قراضا على النصف فنض المال وهو ثلاثة آلاف وقال رب المال رأس المال الفان فصدقه أحدهما وقال الآخر بل هو ألف فالقول قول المنكر مع يمينه فاذا حلف ان رأس المال ألف والربح الفان فنصيبه منهما خمسمائة يبقى ألفاً وخمسمائة يأخذ رب المال ألفين لان الآخر يصدقه ويبقى خمسمائة ربها بين رب المال والعامل الآخر يقتسمها اثلاثاً لرب المال ثلثاها وللعامل ثلثها مائة وستة وستون وثلثان ولرب المال ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث لان نصيب رب المال من الربح نصفه ونصيب هذا العامل ربعه فيقسم بينهما باقي الربح على ثلاثة وما أخذه الحالف فيها زاد على قدر نصيبه كالثالث منهما والثالث يحسب في المضاربة من الربح وهذا قول الشافعي

النبي ﷺ أعطى خبير على الشطر قيل لأبي عبد الله فان كان النساج لا يرضى حتى يزداد على الثلث درهما؟ قال فليجعل له ثلثاً وعشراً ثلثاً ونصف عشر وما اشبهه وروى الأزم عن ابن سيرين والنخعي والزهري وابوب ويلى بن حكيم انهم اجازوا ذلك وقال ابن المنذر كره هذا كله الحسن وقال ابو ثور واصحاب الراي : هذا كله فاسد واختاره ابن المنذر وابن عقيل وقالوا لو دفع شبكته الى الصياد ليصيد بها السمك بينهما نصفان فاصيد كله للصائد ولصاحب الشبكة اجر مثلها وقياس ما نقل عن احمد صحة الشركة وما رزق الله بينهما على ما شرطاه لانهما عين تسمى بالعمل فيها فصحت دفعها ببعض ثمنها كالارض

(فصل) وقد ذكر ابن عقيل ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن قفيز الطحان وهو ان يعطي الطحان اقفة معلومة يطبخها بقفيز دقيق منها وعلة المنع انه جعل له بعض معموله اجراً لعمله فيصير الطحان مستحقاً له وعليه وهذا الحديث لا نعرفه ولم تثبت صحته ولا ذكره اصحاب السنن وقياس قول احمد جوازه لما ذكرنا عنه من المسائل

(فصل) فان كان لرجل دابة ولا آخر لا كاف وجوالفات فاشتركا على ان يؤجرهما والاجرة

(فصل) وان دفع الى رجل ألفاً يتجر فيه فربح فقال العامل كان قرضاً لي ربحه كله وقال رب المال كان قرضاً فربحه بيننا فالقول قول رب المال لانه ملكه فالقول قوله في صفة خروجه عن يده فاذا حلف قسمنا الربح بينهما، ويحتمل ان يتحالفا ويكون للعامل أكثر الامرين مما شرطه له من الربح أو أجر مثله لانه ان كان الاكثر نصيبه من الربح قرب المال معترف له به وهو يدعي الربح كله وان كان أجر مثله أكثر فالقول قوله في عمله مع يمينه كما ان القول قول رب المال في ربح ماله فاذا حلف قبل قوله في انه ما عمل بهذا الشرط وانما عمل لغرض لم يسلم له فيكون له أجر المثل، وان أقام كل واحد منهما بينة بدعواه فنص أحمد في رواية مهناً انهما يتعارضان ويقسم الربح بينهما نصفين، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل بل كان قرضاً احتمل ان يكون القول قول العامل لان عمله له فيكون القول قوله فيه ويحتمل أن يتحالفا ويكون للعامل أقل الامرين من نصيبه من الربح أو أجر مثله لانه لا يدعي أكثر من نصيبه من الربح فلا يستحق زيادة عليه وان كان الاقل أجر مثله فلم يثبت كونه قرضاً فيكون له أجر عمله، وان قال رب المال كان بضاعة وقال العامل كان قرضاً حلف كل واحد منهما على انكار ما ادعاه خصمه وكان له أجر عمله لا غير وان خسر المال أو تلف فقال رب المال كان قرضاً وقال العامل كان قرضاً أو بضاعة فالقول قول رب المال

(فصل) واذا اشترط المضارب النفقة ثم ادعى انه انفق من ماله وأراد الرجوع فله ذلك سواء كان المال باقياً في يديه أو قد رجع الى مالكه وبه قال أبو حنيفة اذا كان المال باقياً في يديه وليس له ذلك اذا كان بعد رده

بينهما نصفان فهو فاسد لان هذه اعيان لا يصح الاشتراك فيها كذلك في منافعها اذ تقديره أجر دابته لتكون اجرتها بيننا وأجر جوالقائي لتكون اجرتها بيننا وتكون كلها لصاحب البهيمة لانه مالك الاصل والاخر أجر مثله على صاحب البهيمة لانه استوفى منافع ملكه بعقد فاسد، هذا اذا أجر الدابة بما عاينها من الاكاف والجوالقات في عقد واحد فأما ان أجر كل واحد منهما ملكه مفرداً فلكل واحد أجر ملكه وهكذا لو قال رجل لصاحبه أجر عيدي والاجر بيننا كان الاجر لصاحبه والاخر أجر مثله وكذلك في جميع الاعيان

(فصل) فان اشترك ثلاثة من احدثهم دابة ومن آخر راوية ومن آخر العمل على ان ما رزق الله تعالى فهو بينهم صح في قياس قول احمد فانه نص في الدابة يدفعها الى آخر يعمل عليها على انهما الاجرة على الصحة وهذا لانه دفع دابته الى آخر يعمل عليها والراوية عين تنمي بالعمل عليها فهي كالبهيمة فعلى هذا يكون ما رزق الله بينهم على ما اتفقوا عليه وهذا قول الشافعي ولانهما وكلا العامل في كسب مباح بآلة دفعها اليه فاشبهه ماله ودفعه اليه أرضه ليزرعها، وهكذا لو اشترك أربعة من احدثهم دكان ومن

ولنا انه أمين فكان القول قوله في ذلك كما لو كان باقيا في يده وكالوصي اذا ادعى الثقة على اليتيم (فصل) اذا كان عبد بين رجلين فباعه أحدهما بأمر الآخر بألف وقال لم أقبض ثمنه وادعى المشتري انه قبضه وصدقه الذي لم يبيع يرى المشتري من نصف ثمنه لاعتراف شريك البائع بقبضه ويكفيه حقه فبرئ المشتري منه كما لو أقر انه قبضه بنفسه وتبقى الخصومة بين البائع وشريكه والمشتري فان خاصمه شريكه وادعى عليه انك قبضته نصيبى من الثمن فأنكر فالقول قوله مع يمينه ان لم يكن للمدعى بينة وان كانت له بينة قضى بها عليه ولا تقبل شهادة المشتري له لانه يجر بها الى نفسه نفعا وان خاصم البائع المشتري فادعى المشتري انه دفع اليه الثمن وأنكر البائع فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف أخذ من المشتري نصف الثمن ولا يشاركه فيه شريكه لانه معترف انه يأخذه ظلما فلا يستحق مشاركته فيه، وان كانت للمشتري بينة حكم بها ولا تقبل شهادة شريكه عليه لانه يجر بها الى نفسه نفعا ومن شهد بشهادة تجر الى نفسه نفعا بطلت شهادته في الكل، ولا فرق بين مخاصمة الشريك قبل مخاصمة المشتري أو بعدها، وان ادعى المشتري ان شريك البائع قبض الثمن منه فصدقه البائع نظرت فان كان البائع أذن لشريكه في القبض فهي كالتى قبلها وان لم يأذن له في القبض لم تبرأ ذمة المشتري من شيء من الثمن لان البائع لم يوكله في القبض فقبضه له لا يلزمه ولا يبرأ المشتري منه كما لو دفعه الى أجنبي ولا يقبل قول المشتري على شريك البائع لانه ينكره وللبائع المطالبة بقدر نصيبه لا غير لانه مقر أن شريكه قبض حقه ويلزم المشتري دفع نصيبه اليه ولا يحتاج الى أمين لان المشتري مقر ببقاء حقه وان دفعه الى شريكه لم تبرأ ذمته فاذا قبض حقه فلشريكه مشاركته فيما قبض لان الدين لهما ثابت بسبب واحد فاقبض منه يكون بينهما كما لو كان ميراثا وله ان لا يشاركه ويطالب المشتري بحقه كله ، ويحتمل أن لا يملك الشريك مشاركته فيما قبض لان كل واحد منهما يستحق ثمن نصيبه الذي ينفرد به فلم يكن لشريكه مشاركته فيما قبض من ثمنه كما لو باع كل واحد منهما نصيبه في صفقة ويخالف

آخر رضى ومن اخر بغل ومن اخر العمل على أن يطحنوا بذلك فمارزق الله تعالى فهو بينهم صح وكان بينهم على ما شرطوه وقال القاضي العقد فاسد في المسئلتين جميعا وهو ظاهر قول الشافعي، لان هذا لا يجوز أن يكون مشاركة ولا مضاربة لكونه لا يجوز أن يكون رأس مالهما العروض ولان من شرطها عود رأس المال سليما بمعنى أنه لا يستحق شيء من الربح حتى يستوفى رأس المال بكأله والراوية ههنا تخلق وتقص، ولا اجارة لانها تقتصر الى مدة معلومة وأجر معلوم فتكون فاسدة، فعلى هذا يكون الاجر كله في المسئلة الاولى للسقاء لانه لما عرف الماء في الاناء ملكه فاذا باعه فثمنه له لانه عوض ملكه وعليه لصاحبه أجر المثل لانه استعمل ملكها بعوض لم يسلم لها فكان لها أجر المثل كسائر الاجارات الفاسدة وأما في المسئلة الثانية فأنهم اذا طحنوا لرجل طعاما باجرة نظرت في عقد الاجارة فان كان من واحد منهم ولم يذكر أصحابه ولا نواهم فالاجر كله له وعليه لأصحابه أجر المثل، وان نوى أصحابه أو ذكرهم كان كما لو عقد مع كل واحد منهم منفرداً أو استأجر من جميعهم فقال استأجرتمكم لتطحنوا لي هذا الطعام

الميراث لان سبب استحقاق الورثة لا يتبعض فلم يكن للورثة تبعيضه وههنا يتبعض لانه اذا كان البائع اثنين كان بمنزلة عقدين ولان الوارث نائب عن الموروث فكان ما يقبضه للموروث يشترك فيه جميع الورثة بخلاف مسئلتنا فان ما يقبضه لنفسه فان قلنا له مشاركته فيما قبض فعليه الميمن أنه لم يستوف حقه من المشتري يأخذ من القابض نصف ما قبضه ويطالب المشتري ببقية حقه اذا حلف له أيضا انه ما قبض منه شيئا، وليس للمقبوض منه ان يرجع على المشتري بعوض ما أخذ منه لانه مقران المشتري قد برئت ذمته من حق شريكه وانما أخذ منه ظلما فلا يرجع بما ظلمه هذا على غيره وان خاصم المشتري شريك البائم فادعى عليه انه قبض الثمن منه فكانت له بينة حكم بها وتقبل شهادة البائع له اذا كان عدلا لانه لا يجوز الى نفسه قعما ولا يدفع عنها ضررا لانه اذا ثبت ان شريكه قبض الثمن لم يملك مطالبته بشيء لانه ليس بوكيل له في القبض فلا يقع قبضه له هكذا ذكره بعض أصحابنا وعندى لا تقبل شهادته له لانه يدفع عن نفسه ضرر مشاركة شريكه له فيما يقبضه من المشتري واذا لم تكن بينة فخلف أخذ من المشتري نصف الثمن وان نكل أخذ المشتري منه نصفه

(فصل) واذا كان العبد بين اثنين فغصب رجل نصيب أحدهما بان يستولي على العبد ويمنع أحدهما الاتفاح دون الآخر ثم ان مالك نصفه والغاصب باعا العبد صفقة واحدة صح في نصيب المالك وبطل في نصيب الغاصب وان وكل الشريك الغاصب أو وكل الغاصب الشريك في البيع فباع العبد كله صفقة واحدة بطل في نصيب الغاصب في الصحيح وهل يصح في نصيب الشريك؟ على روايتين بناء على تفریق الصفقة لان الصفقة ههنا وقت واحدة وقد بطل البيع في بعضها فبطل في سائرهما بخلاف ما اذا باع المالك والغاصب فانهما عقدان لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ولو ان الغاصب ذكر للمشتري انه وكل في نصفه لصح في نصيب الآخر لكونه كالعقد المنفرد

(فصل) واذا كان لرجلين دين بسبب واحد ما عقد أو ميراث أو استهلاك أو غيره فقبض أحدهما منه شيئا فلا آخر مشاركته فيه هذا ظاهر المذهب وقد روي عن أحمد ما يدل على ان لاحدهما أن يأخذ حقه دون صاحبه ولا يشاركه الآخر فيما أخذه وهو قول أبي العالية وأبي قلابة وابن سيرين وأبي عبيد، قيل لأحمد بمت أنا وصاحبى متاعا بيني وبينه فأعطاني حقي وقال هذا حقك خاصة وأنا أعطيتك شريكك بعد؟ قال : لا يجوز قيل له فان أخره أو أبرأه من حقه دون صاحبه قال يجوز قيل فقد قال ابو عبيد : له ان يأخذ

بكذا فالاجر بينهم أرباعا لان كل واحد منهم قد لزمه طحن ربه ويرجع كل واحد منهم على أصحابه برهم أجر مثله وان قال استأجرت هذا الدكان والبغل والراحا وهذا الرجل بكذا وكذا من الطعام صح والاجر بينهم على قدر أجزائهم لكل واحد من المسمى بقدر حصته في أحد الوجهين وفي الآخر يكون بينهم أرباعا بناء على ما إذا تزوج اربعا بمهر واحد او كاتب أربعة أعبد بعوض واحد هل يكون العوض أرباعا أو على قدر قيمتهم؟ على وجهين

دون صاحبه إذا كان له أن يؤخر ويبرئه دون صاحبه؟ ففكر فيها ثم قال هذا يشبه الميراث إذا أخذ منه بعض الورثة دون بعض وقد قال ابن سيرين وأبو قلابة وأبو العالية من أخذ شيئاً فهو من نصيبه قال فرأيت أنه قد احتج له وأجازه قال أبو بكر العمل عندي على ما رواه حرب وحذيل أنه لا يجوز وهو الصحيح وقد صرح به أحد في أول هذه الرواية ولم يصرح بالرجوع عما قاله وذلك لأنه لا يجوز أن يكون نصيب القابض ما أخذه لما في ذلك من قسمة الدين في الذمة من غير رضى الشريك فيكون المأخوذ والباقي جميعاً مشتركاً، ولغير القابض الرجوع على القابض بنصفه سواء كان باقياً في يده أو أخرجه عنها برهن أو قضاء دين أو غيره وله أن يرجع على الغريم لأن الحق يثبت في ذمته لما على وجه سواء فليس له تسليم حق أحدهما إلى الآخر فإن أخذ من الغريم لم يرجع على الشريك بشيء لأن حقه يثبت في أحد المحلين فإذا اختار أحدهما سقط حقه من الآخر، وليس للقابض منعه من الرجوع على الغريم بأن يقول أنا أعطيتك نصف ما قبضت بل الخيرة إليه من أيهما شاء قبض فإن قبض من شريكه شيئاً رجع الشريك على الغريم بمثله، وإن هلك المقبوض في يد القابض تعين حقه فيه ولم يضمنه للشريك لأنه قدر حقه فيما تمدي بالقبض وإنما كان لشريكه مشاركته لثبوته في الأصل مشتركاً، وإن أبرأ أحد الشريكين من حقه برى منه لأنه بمنزلة تلفه ولا يرجع عليه غريمه بشيء، وإن أبرأ أحدهما من دين الدين ثم قبضا من الدين شيئاً اقتسماه على قدر حقهما في الباقي للمبرىء أربعة أنساعه ولشريكه خمسة أنساعه وإن قبضا نصف الدين ثم أبرأ أحدهما من عشر الدين كله نفذت راءته في خمس الباقي وما بقي بينهما على على ثمانية للمبرىء ثلاثة أثمانه وللآخر خمسة أثمانه فما قبضاه بعد ذلك اقتسماه على هذا، وإن اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوباً فلا آخر بإبطال الشراء فإن بذل له المشتري نصف الثوب ولا يبطل البيع لم يلزمه ذلك وإن أجاز البيع لملك نصف الثوب أنبنى على بيع الفضولي هل يقف على الإجازة أو لا؟ وإن أخر أحدهما حقه من الدين جاز فانه لو أسقط حقه جاز فتأخيره أولى فإن قبض الشريك بعد ذلك شيئاً لم يكن لشريكه الرجوع عليه بشيء ذكره القاضي، والأولى أن له الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه، فاما إن قلنا بالرواية الأخرى وإن ما يقبضه أحدهما له دون صاحبه فوجهها أن ما في الذمة لا ينتقل إلى العين إلا بتسليمه إلى غريمه أو وكيله وما قبضه أحدهما فليس لشريكه فيه قبض ولا لو وكيله فلا يثبت له فيه حق وكان لقابضه لثبوت يده عليه بحق فأشبهه ما لو كان الدين بسببين وليس هذا قسمة الدين في الذمة وإنما تعين حقه بقبضه فأشبهه تعيينه بالبراء ولأنه لو كان لغير القابض حق

(مسئلة) (وان جمعا بين شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة صح) لأن كل واحد منهما

يصح منفرداً فصح مع غيره كحالة الانفراد

(فصل) الخامس شركة المفاوضة وهو أن يدخلوا في الشركة الاكساب النادرة كوجدان لفظة

أو وكلاهما أو ما يحصل لهما من ميراث وما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو ارض جناية أو نحو ذلك

في المقبوض لم يسقط بتلفه كسائر الحقوق ولأن هذا القبض لا يخلو إما أن يكون بحق أو بغير حق فإن كان بحق لم يشاركه غيره فيه كما لو كان الدين بسببين وإن كان بغير حق لم يكن له مطالبة لأن حقه في الذمة لا في العين فأشبهه ماله أخذ غاصب منه مالا، فعلى هذا ما قبضه القابض يختص به دون شريكه وليس لشريكه الرجوع عليه وإن اشترى بنصيبه ثوباً صح ولم يكن لشريكه إبطال الشراء وإن قبض أكثر من حقه بغير إذن شريكه لم يبرأ الغريم مما زاد على حقه .

(فصل) واختلفت الرواية عن أحمد في قسمة الدين في الذم فنقل حنبل منع ذلك وهو الصحيح لأن الذم لا تكافؤ ولا تعادل والقسمة تقتضي التعديل وأما القسمة من غير تعديل فهي يسه ولا يجوز بيع الدين بالدين، فعلى هذا لو تقاسم توى بعض المال رجوع من توى ماله على من لم يتو وبهذا قال ابن سيرين والنخعي ونقل حرب جواز ذلك لأن الاختلاف لا يمنع القسمة كما لو اختلفت الأعيان وبه قال الحسن وإسحاق فعلى هذا لا يرجع من توى ماله على من لم يتو إذا أبرأ كل واحد صاحبه وهذا إذا كان في ذم فاما في ذمة واحدة فلا تمكن القسمة لأن معنى القسمة إفراز الحق ولا يتصور ذلك في ذمة واحدة والله أعلم .

(فصول في العبد المأذون له) يجوز أن يأذن السيد لعبده في التجارة بغير خلاف لعلمه لأن الحجر عليه إنما كان لحق سيده فجاز له التصرف بأذنه وينفك عنه الحجر في قدر ما أذن له فيه لأن تصرفه إنما جاز بأذن سيده فزال الحجر في قدر ما أذن فيه كالوكيل، فإن دفع إليه مالا يتجر به كان له أن يبيعه ويشتري ويتجر فيه وإن أذن له أن يشتري في ذمته جاز وإن عين له نوعاً من المال يتجر فيه جاز ولم يكن له التجارة في غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجوز أن يتجر في غيره وينفك عنه الحجر مطلقاً لأن أذنه المطلق من الحجر وفك له والا طلاق لا يتبع كبلوغ الصبي

ولنا أنه متصرف بالأذن من جهة الأذى فوجب أن يختص ما أذن له فيه كالوكيل والمضارب وما قاله ينقض بما إذا أذن له في شراء ثوب ليلبسه أو طعام ليأكله ويخالف البلوغ فإنه يزول به المعنى الموجب للحجر فإن البلوغ مظنة كمال العقل الذي يتمكن به من التصرف على وجه المصلحة وههنا الرق سبب الحجر وهو موجود فنظير البلوغ في الصبي العتق للعبد وإنما يتصرف العبد بالأذن ألا ترى أن الصبي يستفيد بالبلوغ قبول النكاح بخلاف العبد ؟

فهذه شركة فاسدة، وبهذا قال الشافعي وأجازته الثوري والأوزاعي وأبو حنيفة وحكي عن مالك، ومشروط أبو حنيفة لها شروطاً وهي أن يكونا حريين مسلمين وأن يكون مالهما في الشركة سواء وأن يخرجها جميعاً ما يملكانه من جنس الشركة وهو الدراهم والدنانير، واحتجوا بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال إذا تفاوضتم فاحسنوا المفاوضة ولا تهاونوا نوع شركة تختص باسم فكان منها صحيح كشركة العنان ولنا أنه عقد لا يصح بين كافر بن ولا بين كافر ومسلم فلم يصح بين المسلمين كسائر العقود الفاسدة ولأنه

(فصل) وإذا أذن له في التجارة لم يحز له أن يؤجر نفسه ولا يتوكل لئسان وبه قال الشافعي وإباحهما أبو حنيفة لأنه يتصرف لنفسه فملك ذلك كالمكاتب

ولنا أنه عقد على نفسه فلا يملكه بالأذن في التجارة كبيع نفسه وتزوجه وقولهم أنه يتصرف لنفسه ممنوع بل يتصرف لسيدته وبهذا فارق المكاتب يتصرف لنفسه ولهذا كان له أن يبيع من سيده (فصل) وإذا رأى السيد عبده يتجر فلم ينهه لم يصر مأذونا له وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يصير مأذونا له لأنه سكت عن حقه فكان مسقطا له كالشفيع إذا سكت عن طلب الشفعة ولنا أنه تصرف يفتقر إلى الأذن فلم يقيم السكوت مقام الأذن كما لو باع الراهن الرهن والمرهن ساكت أو باعه المرهن والراهن ساكت وكنتصرفات الأجانب ويخاف الشفعة فانها تسقط بمضي الزمان إذا علم لأنها على الفور

(فصل) ولا يبطل الأذن بالإباق وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبطل لأنه يزيل به ولاية السيد عنه في التجارة بدليل أنه لا يجوز بيعه ولا هبته ولا رهنه فأشبهه ما لو باعه ولنا أن الإباق لا يمنع ابتداء الأذن له في التجارة فلم يمنع استدامته كما لو غصبه غاصبا وحبس بدين عليه أو على غيره وما ذكره غير صحيح فإن سبب الولاية باق وهو الرق ويجوز بيعه وأجاره ممن يقدر عليه ويبطل بالمنصوب

(فصل) ولا يجوز للمأذون التبرع بهبة الدراهم ولا كسوة الثياب وتجوز هبته إلى كونه وأطارة دابته واتخاذ الدعوة ما لم يكن اسرافا وبه قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا يجوز شيء من ذلك بغير إذن سيده لأنه تبرع بماله فلا يحز كهبه دراهمه

ولنا أن النبي ﷺ كان يحجب دعوة المملوك وروى أبو سعيد مولى أبي أسيد أنه تزوج فحضر دعوته أناس من أصحاب رسول الله ﷺ منهم عبد الله بن مسعود وحذيفة وأبو ذر فأمرهم وهو يومئذ عبد، رواه صالح في مسأله بأسناده ولأن العادة جارية بهذا بين التجار فجاز للمرأة الصدقة بكسرة الخبز من بيت زوجها

عقد لم يرد الشرع بمثله فلا يصح كذا كرنا ولأن فيه غررا فلم يصح كبيع الغرر، بيان غرره أنه يلزم كل واحد مالم يلزم الآخر وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به وقد أدخل فيه الأكساب النادرة فاما الخبز فلا نعرفه ولا رواه أصحاب السنن وليس فيه ما يدل على أنه أراد هذا العقد فيحتمل أنه أراد المفاوضة في الحديث ولهذا روي فيه «ولا تجادلوا فإن المجادلة من الشيطان» وأما القياس فلا يصح فإن اختصاصها باسم لا يقتضي الصحة كبيع المنابذة والملازمة وسائر البيوع الفاسدة وشركة العنان تصح بين الكافرين والكافر والمسلم بخلاف هذا

كتاب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشروا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه عن الزبير بن الخريت عن أبي ليلى لما زه بن زبار عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال يا عروة «أئت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحُت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله: هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟» قال فحدثته الحديث قال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال «أئت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي عنه ﷺ أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة، وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ولأن الحاجة داعية إلى ذلك فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها

باب الوكالة

وهي جائزة بالكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقوله تعالى (أما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها) فجوز العمل عليها وذلك بحكم النيابة عن المستحقين وأيضاً قوله تعالى (فابشروا أحداكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه) وهذه وكالة، وأما السنة فروى أبو داود والاثرم وابن ماجه بإسنادهم عن عروة بن الجعد قال عرض للنبي ﷺ جلب فأعطاني ديناراً فقال «يا عروة أئت الجلب فاشتر لنا شاة» قال فأتيت الجلب فساومت صاحبه فاشترت شاتين بدينار فحُت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟» قال فحدثته الحديث فقال «اللهم بارك له في صفقة يمينه» هذا لفظ رواية الاثرم وروى أبو داود بإسناده عن جابر بن عبد الله قال أردت الخروج إلى خيبر فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقلت له إني أردت الخروج إلى خيبر فقال «أئت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته» وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وكل عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح أم حبيبة وأبا رافع في قبول نكاح ميمونة (الجزء الخامس) (٢٦)

(فصل) وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يتوكل فيه رجلاً أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً كان أو كافراً وأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والتوكيل المضارب فلا يدخلون في هذا لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع وكذلك الحكم في المحجور عليه لفسخه لا يتوكل إلا فيما له فعله من الطلاق والخلع وطلب القصاص ونحوه، وكل ما يصح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه وذكر القاضي أنه لا يصح أن يقبله لغيره وكلام أبي الخطاب يقتضي جواز ذلك وهو القياس ولا أصحاب الشافعي في ذلك وجهان كهذين، فاما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له، وذكر أصحاب الشافعي في ذلك وجهين أحدهما يجوز توكيله لانه ليس بولي ووجه الوجه الآخر انه موجب للنكاح أشبه الولي ولانه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجوز أن يتوكل فيه كالمرأة، ويصح توكيل المرأة في طلاق نفسها وطلاق غيرها وبصح توكيل العبد في قبول النكاح لانه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمرأة في عقد النكاح وقبوله والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها .

وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولان الحاجة داعية الى ذلك فانه لا يمكن كل أحد فعل ما يحتاج اليه بنفسه .

(مسئلة) (تصح الوكالة بكل قول بدل الاذن وكل قول أو فعل بدل القبول)

لا تصح الوكالة الا بالإيجاب والقبول لانه عقد يتعلق به حق كل واحد منهما فافتقر الى الإيجاب والقبول كالبيع ، والإيجاب هو كل لفظ دل على الاذن نحو قوله افعل كذا أو اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء وكذلك قوله تعالى حكاية عن أهل الكهف (فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة - إلى قوله - فليأتكم برزق منه) ولانه لفظ دل على الاذن فهو كقوله وكلتك، ويكفي في القبول قوله قبلت وكل لفظ دل عليه ويجوز بكل فعل دل عليه أيضاً نحو ان يفعل ما أمره بفعله لان الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى امثال امره ولانه اذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كالكل الطعام

(مسئلة) (ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو ان يوكله في يبيع شيء فيبيعه بعد سنة أو يبايعه أنه وكله منذ شهر فيقول قبلت)

لان قبول وكلاء النبي صلى الله عليه كان بفعلهم وكان مترخياً عن توكيله لإيام ولانه اذن في التصرف والاذن قائم ما لم يرجع عنه أشبه الاباحة وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله اذا قدم الحاج فافعل كذا أو اذا جاء الشتاء فاشتر لنا

(فصل) والمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجمل لانه من اكتساب المال ولا يمنع المكاتب من الاكتساب ، وليس له أن يتوكل لغيره بغير جمل إلا بأذن سيده لأن منافعه كاعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض ، وللعبد أن يتوكل بأذن سيده وليس له التوكيل بغير اذن سيده وإن كان مأذوناً له في التجارة لأن الاذن في التجارة لا يتناول التوكيل وتصح وكالة الصبي المراهق إذا أذن له الولي لانه ممن يصح تصرفه .

﴿ مسألة ﴾ قال (ويجوز التوكيل في الشراء والبيع ومضالبة الحقوق والعقود والطلاق حاضرراً كان الموكل أو غائباً)

لأنهم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ولان الحاجة داعية إلى التوكيل فيه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج إلى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تلبق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعير بها ويحط ذلك من منزلته وأباحها الشرع دفعاً للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه ، ويجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والابراء لانها

كذا أو اذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية أو اذا طلب منك أهلي شيئاً فادفعه اليهم أو اذا دخل رمضان فقد وكلتك في كذا أو فانت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة ، وقال الشافعي لا تصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن وان كان وكلاً بجمل فسد المسمى وله اجر المثل لانه عقد يملك التصرف به في الحياة أشبه البيع

ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبد الله بن رواحة » وهذا في معناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمة وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً كما لو قال انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في معناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأخير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله أن يكون من اهل القرية فصح بالجمل كالتوكيل الناجز

(مسألة) (ولا يصح التوكيل والتوكل في شيء الا ممن يصح تصرفه فيه)

لان من يصح تصرفه بنفسه فبناؤه أولى وكل من صح تصرفه في شيء بنفسه وكان مما تدخله النيابة صح أن يوكل فيه رجلاً كان أو امرأة حراً أو عبداً مسلماً أو كافراً ، فأما من يتصرف بالأذن كالعبد المأذون له والوكيل والمضارب فلا يدخلون في هذا ، لكن يصح من العبد التوكيل فيما يملكه دون سيده كالطلاق والخلع ، وكذلك الحكم في المحجور عليه لسفه لا يوكل الا فيما له فعله كالطلاق

في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً، ويجوز التوكيل في عقد النكاح في الإيجاب والقبول لأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية وأباًرافع في قبول النكاح له ولأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى الزوج من مكان بعيد لا يمكنه السفر إليه فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة وهي يومئذ بأرض الحبشة، ويجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة والعناق لأن الحاجة تدعو إليه كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح، ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كإحياء الموات وإسقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لأنها تملك ما لا يسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالأبتاع والانتهاج، ويجوز التوكيل في اثبات القصاص وحد القذف واستيفائهما في حضرة الموكل وغيبته لأنهما من حقوق الادميين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له حق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يحب أن يتولاه .

(فصل) ويجوز التوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحكمة فيها حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً، وبه قال مالك وإن أبي لبلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة للخصم أن يمتنع من محكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره بحسب الحكم ومخاصمة حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بغير رضا خصمه كحال غيبته ومرضه

والخلم وطلب القصاص، وكل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكل لغيره فيه إلا الفاسق فإنه يصح أن يقبل النكاح لنفسه، وذكر القاضي أنه لا يجوز أن يقبله لغيره وظاهر كلام شيخنا في الكتاب المشروح أنه يصح وهو قول أبي الخطاب وهو القياس ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فأما توكيله في الإيجاب فلا يجوز إلا على الرواية التي ثبتت الولاية له وذكر أصحاب الشافعي في ذلك الوجهين (أحدهما) يجوز لأنه ليس بولي (والثاني) لا يجوز لأنه موجب للنكاح أشبه الولي ولأنه لا يجوز أن يتولى ذلك بنفسه فلم يجز أن يتوكل فيه كالمراة ويصح توكيل المراة في طلاق نفسها وغيرها ويصح توكيل العبد في قبول النكاح لأنه ممن يجوز أن يقبله لنفسه وإنما يقف ذلك على إذن سيده ليرضى بتعلق الحقوق به، ومن لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه كالمراة في عقد النكاح وقبونه والكافر في تزويج مسلمة والطفل والمجنون في الحقوق كلها، وللمكاتب أن يوكل فيما يتصرف فيه بنفسه وله أن يتوكل بجعل لأنه من اكتساب المال ولا يمنع من الاكتساب، وليس له أن يتوكل بغير جعل إلا بأذن سيده لأن منافعه كإعيان ماله وليس له بذل عين ماله بغير عوض وتصح وكالة الصبي المميز بأذن الولي بناء على صحة تصرفه بأذنه

(مسئلة) (ويجوز التوكيل في كل حق آدمي من العقود والفسوخ والعق والطلاق والرجعة وتملك المباحات من الصيد والحشيش ونحوه إلا الظهار واللعان والإبان)

(المفني والشرح الكبير) الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايمان والايلاء ونحوها ٢٠٥

وكدفع المال الذي عليه ولانه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فان علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضى له في وما قضى عليه فعلي، وكل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال ان الخصومة قحما وان الشيطان ليحضرها وإني لأكره أن أحضرها قال أبو زياد الفهم المهلك، وهذه قصص انتشرت لانها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها، ولان الحاجة تدعو إلى ذلك فانه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه، ويجوز التوكيل في الافرار ولا أصحاب الشافعي وجهان أحدهما لا يجوز التوكيل فيه لانه اخبار بحق فلم يجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا انه اثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع، وفارق الشهادة فانها لا تثبت الحق وإنما هو لإخبار بشوته على غيره .

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لا كونها خبراً عما رآه أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود، ولا يصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان، ولا في القسم بين الزوجات لانه يتعلق بيدن الزوج لا امر لا يوجد من غيره، ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتعض لا امر يختص بانبات لحم المرتضع والشازعظمه بلبن المرضعة، ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا يصح في النصب لانه محرم، ولا في الجنایات لذلك ولا في كل محرم لانه لا يجوز له فعله فلم يجز لنائبه

وجملة ذلك أن التوكيل يجوز في الشراء والبيع ومطالبة الحقوق والعنق والطلاق حاضرراً كان الموكل أو غائباً وقد ذكرنا الدليل على ذلك من الآيات والخبر والحاجة تدعو اليه لانه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء أو لا يمكنه الخروج الى السوق وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه وقد يحسن ولا يتفرغ وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يميز بها ويحط ذلك من منزلته فأباحها الشرع دفعا للحاجة وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه، وكذلك يجوز التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والاجارة والقرض والصلح والهبة والصدقة والوصية والفسخ والابراء لانها في معنى البيع في الحاجة الى التوكيل فيها فيثبت فيها حكمه ولا نعلم فيه خلافاً، ويجوز التوكيل في الخلع والرجعة لان الحاجة تدعو اليه كدعائها الى التوكيل في البيع ويجوز التوكيل في تحصيل المباحات كاحياء الموات واستقاء الماء والاصطياد والاحتشاش لانها تملك مال بسبب لا يتعين عليه فجاز التوكيل فيه كالاتباع والايهاب

(فصل) ولا تصح في الايمان والنذور لانها تتعلق بعين الحالف والناذر فأشبهت العبادات البدنية والحدود ولا تصح في الايلاء والقسامة واللعان لانها أيمان ولا في الظهار لانه قول منكر وزور فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه ولا تجوز في القسم بين الزوجات لانها تتعلق بيدن الزوج لا امر يختص به

(فصل) فأما حقوق الله تعالى فما كان منها حداً كحد الزنا والسرقة جاز التوكيل في استيفائه لان النبي ﷺ قال «اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها» فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عر فرجموه ووكل عثمان علياً في اقامة حد الشرب علي الوليد بن عقبة ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي بعد رواء مسلم، ولان الحاجة تدعو الى ذلك لان الامام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز في اثباتها وهو قول الشافعي لأنها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرئها بها والتوكيل يوصل الى الايجاب

ولنا حديث أنيس فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعا فانه قال فان اعترفت فارجمها وهذا يدل على انه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته واستيفائه جميعا ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات وأما انبعاثات فما كان منها له تعلق بالمال كالزكاة والصدقات والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في اخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «اعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من

ولا في الرضاع لانه يختص بالمرضة والمرتضع لا يختص بانبات لم المرتضع وإنشاز عظمه من لبنها، ولا تصح في الغصب ولا في الجنایات لان ذلك محرم وكذلك كل محرم لانه لا يحل له فعله بنفسه فلم تجز النيابة فيه (مسئلة) (ويجوز أن يوكل من يقبل له النكاح ومن يزوج موليته اذا كان الوكيل ممن يصح له ذلك لنفسه ومولته لان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري وأبا رافع في قبول النكاح له ولان الحاجة تدعو اليه فانه ربما احتاج الى التزويج من مكان بعيد لا يمكنه السفر اليه كما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة وهي بأرض الحبشة ويجوز أن يوكل من يزوج موليته لان الحاجة تدعو اليه فأشبهه البيهقي إذا كان الوكيل ممن يصح منه ذلك لموليته، وهل يجوز ان يكون قاسماً؟ ينبغي على اشتراط ذلك في ولاية النكاح وسيدكر في بابيه ان شاء الله

(فصل) ولا يصح التوكيل في الشهادة لانها تتعلق بعين الشاهد لكونها خبراً عماراً أو سمعه ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه فان استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادة لكونه يؤدي ماسمعه من شاهد الاصل وليس بوكيل، ولا يصح في الاعتنام لانه متى حضر النائب تعين عليه الجهاد فكان السهم له ولا في الالتقاط لانه بأخذه يصير للمتقطه

(فصل) ويجوز التوكيل في المطالبة بالحقوق وإثباتها والمحكمة فيها حاضر آكان الموكل أو غائبا صحيحاً أو مريضاً وبه قال مالك وابن أبي ليلى وأبو يوسف ومحمد والشافعي وقال أبو حنيفة لا خصم

أغنيائهم فترد على فقرائهم فإن هم أطاعوك بذلك فإياك وكرائم أموالهم واتق دعوة المظلوم فإنه ليس بينها وبين الله حجاب « متفق عليه، ويجوز التوكيل في الحج إذا أبس المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز أن يستتاب من يحج عنه بعد الموت، وأما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها لأنها تتعلق بيد من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه فيها إلا أن الصيام المندور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لأنه لم يוכל في ذلك ولا وكل به غيره ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج، وفي فعل الصلاة المندورة وفي الاعتكاف المندور عن الميت روايتان، ولا تجوز الاستئابة في الطهارة إلا في صب الماء وإيصال الماء للأعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرهما

(فصل) وكل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءؤه في حضرة الموكل وغيبته ونص عليه أحمد وهذا مذهب مالك وقال بعض أصحابنا لا يجوز استيفاء القصاص وحد القذف في غيبة الموكل أو ما إليه

أن يتمتع من محكمة الوكيل إذا كان الموكل حاضراً لأن حضوره مجلس الحاكم ومخاضته حق لخصمه عليه فلم يكن له نقله إلى غيره بغير رضا خصمه كالدين عليه

ولنا أنه حق تجوز النيابة فيه فكان لصاحبه الاستئابة بغير رضا خصمه كحالة غيبته ومرضه وكدفع المال الذي عليه ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم فإن علياً وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال ما قضي له فلي وما قضي عليه فلي ووكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال إن للخصومة قجماً وإن الشيطان يحضرها وإني لا كره أن أحضرها قال أبو زياد القحط المهلك وهذه قصص اشتهرت لأنها في مظنة الشهرة فلم ينقل إنكارها ولأن الحاجة تدعو إلى ذلك فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة أو لا يجب أن يتولاها بنفسه ويجوز التوكيل في الإقرار ولأصحاب الشافعي وجهان (أحدهما) لا يجوز التوكيل فيه لأنه إخبار بحق فلم يحجز التوكيل فيه كالشهادة

ولنا أنه إثبات حق في الذمة بالقول فجاز التوكيل فيه كالبيع وفارق الشهادة فإنها لا تثبت الحق وإنما هو إخبار بثبوته على غيره، ويجوز التوكيل في إثبات الفصاص وحد القذف واستيفائها لهما من من حقوق الأديمين وتدعو الحاجة إلى التوكيل فيهما لأن من له الحق قد لا يحسن الاستيفاء أو لا يجب أن يتولاها

(مسئلة) ويجوز في كل حق لله تعالى تدخله النيابة من العبادات والحدود في إثباتها واستيفائها كحد الزنا والسرقة

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال «اغدياً أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها» ففدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجعت متفق عليه وأمر النبي صلى الله عليه وسلم برجم ما عز فرجوه ووكّل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة رواء مسلم ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الإمام لا يمكنه

أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لانه يحتمل أن يعفو الموكل في حالة غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولان العفو مندوب اليه فاذا حضر احتمل أن يرجعه فيعفو والاول ظاهر المذهب لان ما جاز استيفاؤه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمل العفو بعيد والظاهر انه لو سفلت وأعلم وكنهه بعفو والاصل عدمه فلا يؤثر الا ترى ان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يحتاط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو تغير اجتهاد الحاكم

(فصل) ولا تصح الوكالة الا بالايجاب والقبول لانه عقد تعلق به حق كل واحد منها فافتقر الى الايجاب والقبول كالبيع ويجوز الايجاب، بكل لفظ دل على الاذن نحو ان يأمره بفعل شيء أو يقول اذنت لك في فعله فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل عروة بن الجعد في شراء شاة بلفظ الشراء

تولي ذلك بنفسه، ويجوز التوكيل في اثباتها وقال أبو الخطاب لا يجوز وهو قول الشافعي لانها تسقط بالشبهات وقد أمرنا بدرثها والتوكيل توصل الى الايجاب ولنا حديث أنيس الذي ذكرناه فان النبي صلى الله عليه وسلم وكله في اثباته واستيفائه جميعاً يقول «فان اعترفت فارجعها» وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت وقد وكله في اثباته ولان الحاكم اذا استتاب دخل في ذلك الحدود فاذا دخلت في التوكيل بطريق العموم فبالاختصاص يكون دخولها أولى والتوكيل يقوم مقام الموكل في درثها بالشبهات

(فصل) فاما العبادات فمنها ما يتعلق بها بالمال كالصدقات والزكاة والمنذورات والكفارات جاز التوكيل في قبضها وتفريقها ويجوز للمخرج التوكيل في إخراجها ودفعها الى مستحقها ويجوز أن يقول لغيره اخرج زكاة مالي من مالك لان النبي صلى الله عليه وسلم بعث عماله لقبض الصدقات وتفريقها وقال لمعاذ حين بعثه الى اليمن «أعلمهم ان عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم» متفق عليه ويجوز التوكيل في الحج اذا أيسر المحجوج عنه من الحج بنفسه وكذلك العمرة ويجوز ان يستتاب من يحج عنه بعد الموت، فاما العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والطهارة من الحدث فلا يجوز التوكيل فيها فانها تتعلق ببدن من هي عليه فلا يقوم غيره مقامه الا أن الصيام المنذور يفعل عن الميت وليس ذلك بتوكيل لانه لم يوكل في ذلك ولا وكل فيه غيره، ولا يجوز في الصلاة إلا في ركعتي الطواف تبعاً للحج ولا تجوز الاستتابة في الطهارة الا في صب الماء وإبصاله الى الاعضاء وفي تطهير النجاسة عن البدن والثوب وغيرها

(مسئلة) (ويجوز الاستيفاء في حضرة الموكل وغيبته نص عليه احمد وهو قول مالك الا القصاص، وحد القذف عند بعض أصحابنا لا يجوز في غيبته)

وقال الله تعالى مخبرا عن أهل الكهف أنهم قالوا (فابشوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاما فليأتكم برزق منه) ولأنه لفظ دال على الإذن فجري مجرى قوله وكلتك ، ويجوز القبول بقوله قبلت وكل لفظ دل عليه ، ويجوز بكل فعل دل على القبول نحو أن يفعل ما أمره بفعله لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى أمثال أمره ولأنه إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام ، ويجوز القبول على الفور والتراخي نحو أن يبلغه أن رجلا وكله في بيع شيء منذ سنة فيبيعه أو يقول قبلت أو يأمره بفعل شيء فيفعله بعد مدة طويلة لأن قبول وكلاء النبي صلى الله عليه وسلم لو كآله كان بفعلهم وكان متراخيا عن توكيله لإيام ولأنه إذن في التصرف والإذن قائم ما لم يرجع عنه فأشبهه الإباحة وهذا كله مذهب الشافعي

وقد أوما إليه أحمد وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأنه يحتمل أن يعفو الموكل في حال غيبته فيسقط وهذا الاحتمال شبهة تمنع الاستيفاء ولأن العفو مندوب إليه فإذا حضر احتمل أن يرجعه فيعفو والاول ظاهر المذهب لأن ما جاز استيفاءه في حضرة الموكل جاز في غيبته كالحدود وسائر الحقوق واحتمال العفو بعيد والظاهر أنه لو عفا لم يمت وأعلم وكيله بعفو والاصل عدمه فلا يؤثر ألا ترى أن قضاة رسول الله ﷺ كانوا يحكمون في البلاد ويقيمون الحدود التي تدرأ بالشبهات مع احتمال النسخ وكذلك لا يختلط في استيفاء الحدود باحضار الشهود مع احتمال رجوعهم عن الشهادة أو بغير اجتهاد الحاكم .

(مسألة) (ولا يجوز للوكيل أن يوكل فيما يتولى مثله بنفسه إلا باذن الموكل وعنه يجوز وكذلك الوصي والحاكم وله التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه أو يعجز عنه لكثرته)

وجملة ذلك أن التوكيل لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهى الموكل وكيله عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يعجز له كما لو لم يوكله (الثاني) أن يأذن له في التوكيل فيجوز له لأنه عقد أذن فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذا خلافا فان قال وكلتك فاصنع ما شئت فله أن يوكل ، وقال اصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفا يتولاه بنفسه فقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه ولنا أن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) اطلق له الوكالة فلا يخلو من اقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرفع الوكيل عن مثله كالاعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه فانه لا يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعملها الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه (القسم الثاني) أن يكون مما يعملها بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن فيه بلفظه ، وقال القاضي عندي

(فصل) ويجوز تعليقها على شرط نحو قوله إذا قدم الحاج فبيع هذا الطعام وإذا جاء الشتاء فاشترنا قمحا وإذا جاء الاضحى فاشتر لنا أضحية وإذا طلب منك أهلي شيئا فادفعه اليهم وإذا دخل رمضان فقد وكلتك في هذا أو فأنت وكيلي وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي لا يصح لكن إن تصرف صح تصرفه لوجود الاذن، وإن كان وكيلًا بجعل فسد المسمى وله أجر المثل لانه عقد يملك به التصرف في الحياة فأشبهه البيع . ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «أميركم زيد فان قتل فجعفر فان قتل فعبدة الله ابن رواحة» وهذا في مناه ولانه عقد اعتبر في حق الوكيل حكمه وهو اباحة التصرف وصحته فكان صحيحا كما لو قال أنت وكيل في بيع عبدي إذا قدم الحاج ولانه لو قال وكلتك في شراء كذا في وقت كذا صح بلا خلاف ومحل النزاع في مناه ولانه اذن في التصرف أشبه الوصية والتأثير ولانه عقد يصح بغير جعل ولا يختص فاعله بكونه من أهل القرية فصح بالجعل كالتوكيل الناجز .

(فصل) ويجوز التوكيل بجعل وغير جعل فان النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد

أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل إنما جاز للحاجة فاقتصر مادعت اليه الحاجة بخلاف وجود إذنه فانه مطلق ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين (الشم الثالث) ماعدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يرفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احداها) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له بالتوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يجوز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه من لم يأمنه عليه كالودعة (والثانية) يجوز نقلها أحمد وبه قال ابن أبي ليلى إذا مرض أو غاب لان الوكيل له أن يتصرف بنفسه فلكه بنائبه كالمالك والاولى أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيفيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في اليمين يتقيد بالبيع بشئ المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه فان وكل أمينا فصار خائفا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الخيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل إلا أن المتصوص عن أحمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولائه بدليل انه لم يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه قال شيخنا والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبه الوكيل وإنما يتصرف فيما اقتضته الوصية كما ركيلا أما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

وعروة في شراء شاة وعمرأ و ابا رافع في قبول النكاح بغير جعل وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل لهم عمالة ولهذا قال له أبناء عمه لو بعثنا على هذه الصدقات فتؤدي اليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيبه الناس يضيان العمالة، فان كانت بجعل استحق الوكيل الجعل . بتسليم ما وكل فيه الى الموكل إن كان مما يمكن تسليمه كثوب ينسجه أو يقصره أو يخطه فتي سلمه الى الموكل معمولاً فله الاجر وان كان الحياط في دار الموكل فكلاً عمل شيئاً وقع مقبوضاً فيستحق الوكيل الجعل اذا فرغ الحياط من الحياطة وإن وكل في بيع أو شراء أو حج استحق الاجر اذا عمله وان لم يقبض الثمن في البيع وان قال اذا بعث الثوب وقبضت منه وسلمته الي فلك الاجر لم يستحق منها شيئاً حتى يسلمه اليه فان فاته التسليم لم يستحق شيئاً لفوات الشرط

(فصل) ولا تصح الوكالة الا في تصرف معلوم فان قال وكلتك في كل شيء أو في كل قليل وكثير او في كل تصرف يجوز لي أو في كل مالي التصرف فيه لم يصح وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لانه لفظ عام فصح فيها يتناوله كما لو قال ببع مالي كله

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير إذنها أبا كان أو غيره وقال القاضي فيمن لا يجوز له الاجبار هل هو كالوكيل ؟ يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه وجهان (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل ولما ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر اذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل فان الولي متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره . بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يبطل بالحاكم والذي يعتبر اذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن إذنها في التزويج فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيلاً للموكل لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان وكيلاً للوكيل ينزل بموته وعزله، وان مات الموكل أو عزل الاول انزل جميعاً لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع الآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقاً بل وجد عرفاً أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن ثالثي وكيل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(مسألة) ويجوز توكيل عبد غيره باذن سيده

لان المنع لحق السيد فجاز باذنه ولا يجوز بغير اذنه لانه لا يجوز له التصرف بغير اذن سيده اسكونه محجوراً عليه فاذا أذن في ذلك صح كما تصح تصرفاته باذله

(مسألة) فان وكله باذنه في شراء نفسه من سيده فعلى روايتين

(إحداهما) يصح وبه قال أبو حنيفة وبعض الشافعية (والثانية) لا يجوز وهو قول بعض

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لأنه تدخل فيه هبة ماله وطلاق نسائه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة ويلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر وان قال اشترى ماشئت لم يصح لانه قد يشتري مالا يقدر على ثمنه وقد روي عن احمد ما يدل على صحته لقوله في رجلين قال كل واحد منهما لصاحبه ما اشتريت من شيء فهو بيننا انه جائز وأعجبه ولان الشريك والمضارب وكيلان في شراء ما شاء، فعلى هذا ليس له أن يشتري الا بشئ المثل فادون ولا يشتري ما لا يقدر الموكل على ثمنه ولا مالا يرى المصلحة له في شرائه، وان قال بع مالي كله واقبض ديوني كلها صح لانه قد يعرف ماله وديونه، وان قال بع ماشئت من مالي واقبض ما شئت من ديوني جاز لانه اذا جاز التوكيل في الجميع ففي بعضه أولى، وان قال اقبض ديني كله وما يتجدد في المستقبل صح، قال أصحاب الشافعي اذا قال بع ماشئت من مالي لم يجوز وان قال من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

الشافعية لان يد العبد كيد سيده فأشبهه ما لو وكله في الشراء من نفسه ولهذا يحكم للانسان بما في يد عبده، ولنا انه يجوز ان يشتري عبداً من غير مولاة فجاز ان يشتريه من مولاة كالأجنبي واذا جاز ان يشتري غيره جاز ان يشتري نفسه كما ان المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها، والوجه الذي ذكره لا يصح لان أكثر ما يقدرهنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وسند كر صحة توكيل السيد في البيع والشراء من نفسه فهنا أولى، فعلى هذا اذا قال العبد اشترت نفسي لزيد وصدقه صح ولزم زيدا الثمن، وان قال السيد ما اشترت نفسك الا لنفسك عتق العبد لاقرار السيد على نفسه بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيدته لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر بمن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرى، والسيد فسخ البيع واسترجع عبده لتعذر ثمنه وان صدقه في الوكالة وقال ما اشترت نفسك لي فالقول قول العبد لان الوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه

(فصل) واذا وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في اعتاق عبيده أو المرأة في طلاق نسائه لم يملك اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لانه ينصرف باطلاقه إلى التصرف في غيره ويحتمل ان لها ذلك لشمولها عموم اللفظ كما يجوز للوكيل في البيع ان يبيع من نفسه في احدى الروايتين، وان وكل غريمه في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق من نفسه فهو كتوكيل العبد في اعتاق نفسه، وإن وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبري نفسه كالموكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه، وان وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل ان يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فابراً صح ولم يبرأ المضمون عنه وإن وكل الضامن في ابراء المضمون عنه أو الكفيل في ابراء المكفول عنه صح وبري الوكيل ببراءته لانه فرع عليه فاذا برى الاصل برى الفرع

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز في بعضه كعبده ، وان قال اشترى لي عبداً تركياً أو ثوباً هروباً صح ، وان قال اشترى لي عبداً أو قال ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول . ولنا أنه توكيل في شراء عبد فلم يشترط ذكر نوعه كالقراض ولا يشترط ذكر قدر الثمن ذكره القاضي وقال أبو الخطاب لا يصح حتى يذكر قدر الثمن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن العيب متفاوت من الجنس الواحد وأما تمييز بالثمن . ولنا أنه اذا ذكر نوعاً فقد اذن في اغلاؤه ثمنا فيقل الغرر ولان تقدير الثمن يضر فانه قد لا يجد بقدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن يجوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله .

(مسئلة) (والوكالة عقد جائز من الطرفين)

لكل واحد منهما فسخها متى شاء لانه اذن في التصرف فكان لكل واحد منهما إبطاله كالأذن في أكل طعامه فان وكل الرهن في بيع الرهن ففيه اختلاف ذكرناه

(مسئلة) (وتبطل بالموت والجنون والحجر لفسقه وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة) تبطل الوكالة بموت الموكل والوكيل وجنون المطلق بغير خلاف علمنا اذا علم الحال وكذلك يبطل بخروجه عن أهلية التصرف كالحجر عليه لفسقه لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته كالجنون والموت وكذلك كل عقد جائز كالشركة والمضاربة قياساً على الوكالة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل الغزل

(فصل) فان حجب على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن أهلية التصرف وان حجب على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لا تقطاع تصرفه وان كانت في الخصومة أو الشراء في الذمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص لم تبطل لان الموكل أهل لذلك، وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا ان تكون الوكالة فيما ينافي الفسق كالأيجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسق أحدهما لخروجه عن أهلية التصرف وان كان وكيلاً في القبول لم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله ، وهل ينزل بفسق نفسه ؟ على وجهين أولاهما انه لا ينزل لانه يجوز ان يقبل النكاح لنفسه فجاز ان يقبله لغيره كالعدل، وان كان وكيلاً فيما يشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله لخروجهما بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلاً لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق

(فصل) (ولا تبطل الوكالة بالثوم والسكر والاعغاء لان ذلك لا يخرج عن أهلية التصرف ولا تثبت عليه الولاية الا أن يحصل الفسق بالسكر فقد ذكرناه مفصلاً)

(فصل) وإذا وكل وكيلين في تصرف واحد لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لانه لم يأذن له في ذلك وإنما يجوز له ما أذن فيه موكله وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي، وإن وكلهما في حفظ ماله حفظاً معاً في حرزهما لأن قوله أفعلاً كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما، وفارق هذا قوله بعتكما حيث كان منقسماً بينهما لانه لا يمكن كون الملك لهما على الاجتماع فانقسم بينهما، فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف ولا للحاكم ضم أمين إليه ليتصرفا لأن الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يضم الحاكم وكلاً له بغير أمره، وفارق ما لو مات أحد الوكيلين حيث يضيف الحاكم إلى الوصي أميناً ليتصرف لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص إلى أحد أقام الحاكم أميناً في النظر لليتيم، وإن حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب وادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فإذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج إلى إعادة البينة لأن الحاكم سمعها لهما مرة، فإن قيل هذا حكم للغائب، قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز أن يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلق لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وإن جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر أن يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه خلافاً وجميع التصرفات في هذا سواء، وقال أبو حنيفة إذا وكلهما في خصومة فلنسل واحد منهما الانفراد بهاولنا انه لم يرض بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

ولا تبطل بالتعدي فيما وكل فيه مثل لبس الثوب وركوب الدابة وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والثاني تبطل بذلك لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة

ولنا أنه تصرف باذن موكله فصح كما لو لم يتعد وبفارق الوديعة من حيث انها أمانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة، والوكالة إذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فلبسه صار ضامناً فاذا باعه صح بيعه وبريء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان أمانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعد فيه ولودفع اليه مالا ووكله ان يشتري به شيئاً فتعدي في الثمن صار ضامناً واذا اشترى به وسله زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة، وإن ظهر بالبيع عيب فرد عليه او وجد هو بما اشتراه عيباً فرده وقبض الثمن كان مضموناً عليه لان العقد المزيل للضمان زال فعاد ما زال به

(مسألة) وهل تبطل بالردة وجزية عبده؟ (على وجهين)

يصح توكيل المسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه سواء كان ذمياً أو مستأثماً أو حريباً أو مرتداً لان المدالة لا تشترط في صحة الوكالة فكذلك الدين كالبيع، فان وكل مسلماً فارتد لم تبطل وكالاته

﴿مسئلة﴾ قال (وليس للوكيل أن يوكل فيما وكل فيه إلا أن يجعل ذلك إليه)

لا يخلو التوكيل من ثلاثة أحوال (أحدها) أن ينهى الموكل وكيه عن التوكيل فلا يجوز له ذلك بغير خلاف لأن ما نهى عنه غير داخل في إذنه فلم يجوز كما لو لم يوكله (الثاني) أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ولا نعلم في هذين خلافاً وإن قال له وكلتك فاصبر ما شئت فله أن يوكل وقال أصحاب الشافعي ليس له التوكيل في أحد الوجهين لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه بنفسه وقوله اصبر ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل من تصرفه بنفسه

ولنا أن لفظه عام فيما شاء فيدخل في عموم التوكيل (الثالث) أطلق الوكالة فلا يخلو من أقسام ثلاثة (أحدها) أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه

(القسم الثاني) أن يكون مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله كله أكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل لحجاز التوكيل في فعل جميعه كما لو أذن في التوكيل بلفظه

في أحد الوجهين سواء لحق بدار الحرب أو أقام، وقال أبو حنيفة تبطل إذا لحق بدار الحرب لأنه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولأن الردة لا تمنع ابتداء الوكالة فلا تمنع استدانتها كسائر الكفر، وفيه وجه آخر أنها تبطل بالردة إذا قلنا إن المرتد تزول أملاكه وتبطل تصرفاته والوكالة تصرف وإن ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فإن قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وإن قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وإن قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وإن وكل في حال رده ففيه الوجوه الثلاثة :

(فصل) وإن وكل عبده ثم أعتقه أو باعه لم ينزل لأن زوال ملكه لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدانتها وفيه وجه آخر أنها تبطل لأن توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك وهكذا الوجهان فيما إذا وكل عبد غيره ثم باعه السيد، والصحيح الأول لأن سيد العبد أذن له في بيع ماله والعتق لا يبطل الإذن فكذلك البيع إلا أن المشتري إن رضى ببقائه على انوكالة والا بطلت وإن وكل عبد غيره فاعتقه فقال شيخنا لا تبطل الوكالة وجهاً واحداً لأن هذا توكيل حقيقة والعتق غير مناف له وإن اشتراه الموكل منه لم يبطل لأن ملكه إياه لا ينافي إذنه له في البيع والشراء، وإن وكل امرأته ثم طلقها لم تبطل الوكالة لأن زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلم يمنع استدانتها .

وقال القاضي عندي انه انما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه لان التوكيل انما جاز للحاجة فاختص ما دعت اليه الحاجة بخلاف وجود اذنه فانه مطلق ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين (القسم الثالث) ما عدا هذين القسمين وهو ما يمكنه عمله بنفسه ولا يترفع عنه فهل يجوز له التوكيل فيه ؟ على روايتين (احدهما) لا يجوز نقلها ابن منصور وهو مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي لانه لم يأذن له في التوكيل ولا تضمنه اذنه فلم يحز كما لو نهاه ولانه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له ان يوليه لمن لم يأمنه عليه كالوديمة والاخرى يجوز نقلها خنبل وبه قال ابن أبي ليلى اذا مرض أو غاب لان الوكيل له ان يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك والاول أولى ولا يشبه الوكيل المالك فان المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل

(فصل) وكل وكيل جاز له التوكيل فليس له ان يوكل الا أمينا لانه لا نظر للموكل في توكيل من ليس بأمين فيقيد جواز التوكيل بما فيه الحظ والنظر كما ان الاذن في البيع يتقيد بالبيع بمن المثل الا ان يعين له الموكل من يوكله فيجوز توكيله وان لم يكن أمينا لانه قطع نظره بتعيينه وان وكل أمينا وصار خائنا فعليه عزله لان تركه يتصرف مع الحيانة تضييع وتفريط والوكالة تقتضي استئمان أمين وهذا ليس بأمين فوجب عزله

(فصل) والحكم في الوصي يوكل فيما أوصى به اليه وفي الحاكم يولى القضاء في ناحية يستتيب

(فصل) وان تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لان محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات، وكذا لو دفع اليه دينارا ووكله في الشراء بعينه أو مطلقا لانه ان وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء به بعد تلفه فبطلت الوكالة وان وكله في الشراء مطلقا ونقد الدينار بطلت أيضا لانه انما وكله في الشراء به، ومعناه ان ينفقه من ذلك المبيع إما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولانه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بلزومه ، وان استقرضه الوكيل وعزل دينارا عوضه واشترى به فهو كالشراء له من غير اذن لان الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضا لا يصير للموكل حتى يقبضه فاذا اشترى للموكل به شيئا وقف على اجازة الموكل فان اجازته صح ولزومه الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال . وقال القاضي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره بغير اذنه فالشراء باطل لانه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره ، وقال أصحاب الشافعي متى اشترى بعين ماله شيئا لغيره صح الشراء للوكيل لانه اشترى ما لم يؤذن له فيه أشبه ما لو اشتراه في الذمة .

(فصل) نقل الاثر من أحد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له إذا أمكنك قضاؤها فادفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص الى هذا الذي اذن له في القبض لكن جمعه وكيلا ويمكن من عليه الدين من القضاء بخاف إن دفعها الى الوكيل أن يكون الموكل قد مات وبخاف التبعة من

غيره حكم الوكيل فيما ذكرنا من التفصيل الا ان المتصوص عن احمد في رواية منها جواز ذلك وهو قول الشافعي في الوصي لان الوصي يتصرف بولاية بدليل انه يتصرف فيما لم ينص له على التصرف فيه والوكيل لا يتصرف الا فيما نص له عليه والجمع بينهما أولى لانه متصرف في مال غيره بالاذن فأشبهه الوكيل وانما يتصرف فيما اقتضته الوصية كالوكيل انما يتصرف فيما اقتضته الوكالة

(فصل) فأما الولي في النكاح فله التوكيل في تزويج موليته بغير انذار أباً كان أو غيره وقال القاضي فيمن ولايته غير ولاية الاجبار هو كالوكيل يخرج على الروايتين المنصوص عليهما في الوكيل ولاصحاب الشافعي فيه جهات (أحدهما) لا يملك التوكيل الا باذنها لانه لا يملك التزويج الا باذنها أشبه الوكيل

ولنا ان ولايته من غير جهتها فلم يعتبر إذنها في توكيله فيها كالأب بخلاف الوكيل ولانه متصرف بحكم الولاية الشرعية أشبه الحاكم ولان الحاكم يملك تفويض عقود الانكحة الى غيره بغير إذن النساء فكذلك الولي وما ذكره يطل بالحكم والذي يعتبر إذنها فيه هو غير ما يوكل فيه بدليل ان الوكيل لا يستغني عن انذارها في التزويج أيضا فهو كالموكل في ذلك

(فصل) إذا أذن الموكل في التوكيل فوكل كان الوكيل الثاني وكيل الموكل لانه لا ينزل بموت الوكيل الاول ولا عزله ولا يملك الاول عزل الثاني لانه ليس بوكيله ، وان أذن له ان يوكل لنفسه جاز وكان

الورثة فقال لا يعجبني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويرأى اليها من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للفرع خوفا من التبعة من الورثة ان كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فاما من طريق الحكم فالوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب إذا وكله وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للفرع ظاهراً وباطناً وإزالة التبعة عنه، وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل انزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع الى الوكيل خوفا من أن يكون الموكل قد مات فانتقل الى الورثة ويجوز ان يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالغرامة، وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل، وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل ، وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس بشيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل ، وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظه وهو الذي نقله الجماعة .

(مسئلة) (وهل ينزل الوكيل بالموت والعزل قبل علمه؟ على روايتين)

وجملة ذلك ان الوكالة عقد جائز من الطرفين وقد ذكرنا ذلك فلموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل (الجزء الخامس) (٢٨)

(المغني والشرح الكبير)

وكيلا للموكل ينزل بموته وعزله اياه، وان مات الموكل أو عزل الاول انزلا جميعا لانهما فرعان له لكن أحدهما فرع للآخر فذهب حكمهما بذهاب أصلهما وان وكل من غير أن يؤذن له في التوكيل نطقا بل وجد عرفا أو على الرواية التي أجزنا له التوكيل من غير إذن ثالثاني وكييل الوكيل الاول حكمه حكم ما لو أذن له ان يوكل لنفسه

(فصل) اذا وكل رجلا في الخصومة لم يقبل اقراره على موكله بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن ابي ليلى، وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل اقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل اقراره في مجلس الحكم وغيره لأن الاقرار أحد جوابي الدعوى فصح من الوكيل كالانكار

ولنا أن الاقرار بمعنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالأبراء وفارق الانكار فإنه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحاكم ولان الوكيل لا يملك الانكار على وجه يمنع الموكل من الاقرار فلو ملك الاقرار لامتنع على الموكل الانكار فافترقا، ولا يملك المصالحة عن الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه لان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك وإن أذن له في تثبيت حق لم يملك قبضه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك قبضه لان المقصود من التثبيت قبضه وتحصيله

ولنا أن القبض لا يتناول الاذن نطقا ولا عرفا إذ ليس كل من رضاه لتثبيت الحق رضاه لقبضه

عزل نفسه وتبطل بموت أحدهما أو جنونه المطبق ولا خلاف نعلمه في ذلك مع العلم بالحال فتى تصرف بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك، وان لم يعلم بالعزل ولا بموت الموكل ففيه روايتان وللشافعي فيه قولان (أحدهما) ينزل وهو ظاهر كلام الحارثي، فعلى هذا متى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يقتدر الى رضا صاحبه فصح بنسب علمه كالطلاق والعناق (والثانية) لا ينزل قبل علمه نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد لما في ذلك من الضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويجب ضمانه فيتضرر المشتري والوكيل لانه يتصرف بأمر الموكل فلا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم صح تصرفه وهذا قول أبي حنيفة، وروي عن أبي حنيفة ان الوكيل ان عزل نفسه لم ينزل الا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة، ووجه الاول ما ذكرناه فأما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين، ويمكن الفرق بينهما بأن أمر الشارع يتضمن المصبة بتركه ولا يكون حاصيا مع عدم العلم وهذا يتضمن العزل عنه لإبطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) واذا وقعت الوكالة مطلقة ملك التصرف ابدا ما لم يفسخ الوكالة ويحصل بقوله فسخت الوكالة

وان واكله في قبض حق فوجد من عليه الحق كان وكيلا في تثبيته عليه في أحد الوجهين وبه قال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيلا في الآخر كما لا يكون وكيلا في القبض بالتوكيل في الخصومة. ووجه الاول أنه لا يتوصل الى القبض الا بالتثبیت فكان اذا فيه عرفا ولان القبض لا يتم الا به فلكه كما لو كل في شراء شيء ملك وزن ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه، ويحتمل أنه ان كان الموكل طالما يحدد من عليه الحق أو مطلقه كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه وان لم يعلم ذلك لم يكن توكيلا فيه لعدم علمه بتوقف القبض عليه، ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان واكله في قبض عين لم يملك تثبيته لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة ولنا أنه وكيل في قبض حق فأشبهه الوكيل في قبض الدين وما ذكروه يبطل بالتوكيل في قبض الدين فانه وكيل في قبضه ونقله اليه

(فصل) وان واكله في بيع شيء ملك تسليمه لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من ثمنه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الأبراء ليس من البيع ولا من تثبته فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالأبراء من غير ثمنه وأما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يمكن وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأمنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تصذر قبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء، ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه الوكيل فيه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره وان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه والاولى أن ينظر

أو أبطلتها أو نقضتها أو أزلت أو صرفت أو عزلت عنها أو ينهاء عن فعل ما أمره به وما أشبه ذلك من الالفاظ المقتضية عزله والمؤدية معناه أو يزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما ذكرنا أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا واكله في طلاق امرأته ثم وبطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختيار امساكها وكذلك لو وطئ الرجعية كان ارتجاعا لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلان يقتضي استبقاها على نكاحها ومنع طلاقها وان باشرها دون الفرج أو فعل ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعية به، وان واكله في بيع عبد ثم كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه على احدى الروايتين لا يبقى محلا للبيع وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وان باعه بيعا فاسدا لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ذكره ابن المنذر

(مسئلة) (واذا وكل اثنين لم يكن لاحدهما الافراد بالتصرف إلا أن يجعل ذلك اليه)

وجملة ذلك أنه اذا وكل وكيلين وجعل لكل واحد الافراد بالتصرف فله ذلك لانه مأذون فيه وان

فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضح بضيق الثمن بترك قبض الوكيل له كان اذنا في قبضه ، ومتى ترك قبضه كان ضامنا له لان ظاهر حال الموكل أنه إنما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا بعد من فعل ذلك مضيعا مفرطا وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في بيع شيء أو طلب الشفعة أو قسم شيء ففيه وجهان (أحدهما) بملك تثبيته وهو قول أبي حنيفة في القسمة وطلب الشفعة لانه لا يتوصل الى ما وكله فيه الا بالتثبيت (والثاني) لا يملكه وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه يمكن أحدهما دون الآخر فلم يتضمن الاذن في أحدهما الاذن في الآخر

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من تمته وحقوقه فهو كتسليم المبيع في البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما مضى من القول فيه ، فان اشترى عبداً ونقد ثمنه فخرج العبد مستحقا فهل بملك ان يخاصم البائع في الثمن ؟ على وجهين ، فان اشترى شيئا وقبضه وأخر تسليم الثمن اغبر عذر فهلك في يده فهو ضامن له ، وان كان له عذر مثل أن ذهب لينقده فهلك أو نحو ذلك فلا ضمان عليه نص عليه أحمد لانه مفرط في امساكه كما في الصورة الاولى دون الثانية فذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفرط

(فصل) واذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقض حقي من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك وان قال اقض حقي الذي قبل فلان أو على فلان فله

لم يجعل له ذلك فليس لاحدهما الانفراد به لانه لم يأذن في ذلك وإنما يجوز له فعل ما أذن فيه موكله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي فان وكلهما في حفظ ماله حفظا معاً في حرز لهما لان قوله افعلا كذا يقتضي اجتماعهما على فعله وهو مما يمكن فتعلق بهما ، وفارق هذا قوله بتمكنا حيث كان منقسما بينهما لانه لا يمكن أن يكون الملك على الاجتماع فانقسم بينهما فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر ان يتصرف ولا للحاكم ضم أمين اليه ليتصرفا لان الموكل رشيد جائز التصرف لا ولاية للحاكم عليه فلا يقيم الحاكم له بغير إذنه ، وفارق ما لو مات أحد الوصيين حيث يضيف الحاكم الى الوصي أمينا ليتصرفا لكون الحاكم له النظر في حق الميت واليتيم ولهذا لو لم يوص الى أحد اقام الحاكم أمينا في النظر لليتيم ، وان حضر الحاكم أحد الوكيلين والآخر غائب فادعى الوكالة لهما وأقام بينة سمعها الحاكم وحكم بثبوت الوكالة لهما ولم يملك الحاضر التصرف وحده فاذا حضر الآخر تصرفا معاً ولا يحتاج الى إعادة البينة لان الحاكم سمعها لهما مرة ، فان قيل هذا حكم الغائب قلنا يجوز تبعاً لحق الحاضر كما يجوز ان يحكم بالوقف الذي ثبت لمن لم يخلف لاجل من يستحقه في الحال كذا ههنا وان جحد الغائب الوكالة أو عزل نفسه لم يكن للآخر ان يتصرف وبما ذكرناه قال أبو حنيفة والشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مطالبة وارثه. والقبض لان قبضه من الوارث قبض للحق الذي على موروثه فان قيل فلو قال اقبض حقي من زيد فوكل زيد انسانا في الدفع اليه كان له القبض منه والوارث نائب الموروث فهو كوكيله، قلنا ان الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه اقامه مقام نفسه وليس كذلك ههنا فان الحق انتقل الى الورثة فاستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حنث بفعل وكيله له ولا يحنث بفعل وارثه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا باع الوكيل ثم ادعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه فان انهم حلف)

إذا اختلف الوكيل والموكل لم يخل من ستة أحوال (أحدها) أن يحنثا في التلف فيقول الوكيل تلف ماله في يدي أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي فيكذبه الموكل فالحق قول الوكيل مع يمينه لانه أمين وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كاللودع، وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الامانة كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرهن والمستأجر والاجر المشترك وإنما كان كذلك لانه لو كاف ذلك مع تعذره عليه لا تمتنع الناس من الدخول في الامانات مع الحاجة اليها فيلحقهم الضرر، قال القاضي إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبهها فعليه إقامة البينة على وجود هذا الأمر في تلك الناحية ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يحنث فلا تعذر إقامة البينة عليه (الحال الثانية)

وجميع النصرفات في هذا سواء وقال أبو حنيفة اذا وكلهما في خصومة فلكل واحد منهما الاقراء بها ولنا أنه لم يرص بتصرف أحدهما أشبه البيع والشراء

﴿مسئلة﴾ (ولا يجوز للوكيل في البيع أن يبيع لنفسه، وعنه يجوز إذا زاد على مبلغ منه في النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين، ولا في الشراء ان يشتري من نفسه)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يحز أن يبيعه لنفسه ولا للوكيل في الشراء أن يشتري من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي، وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لها أن تشتري بشرطين أحدهما أن يزيد على مبلغ منه في النداء والثاني أن يتولى النداء غيره قال القاضي يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره للنداء واجباً ويحتمل أن يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين ، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل ؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء مما لم تجز به العادة ان يتولاه أكثر

ان يمتنع في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرت بك برد المال فلم تقبل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ولأنه منكر لما يدعي عليه والقول قول المنكر ، ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله وإما باقرار موكله أو يمينه فلا ضمان عليه وسواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن وسواء كان بمجمل أو بغير جمل لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجري مجرى المودع والمضارب وشبههما وإن تعدي أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ، ولو باع الوكيل سلعة وقبض ثمنها فتلف من غير تمتد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالمعدي عليه كما لو باع بنفسه (الحال الثالثة) أن يختلفا في التصرف فيقول الوكيل بمت الثوب وقبضت الثمن فتلف فيقول الموكل لم تباع ولم تقبض أو يقول بمت ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لأنه يملك البيع والقبض فيقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على التكاح في تزويجها ويحتل أن لا يقبل قوله وهو أحد القولين لأصحاب الشافعي لأنه يقر بحق غيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه ، وإن وكل في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف وقال بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه وقال القاضي القول قول الموكل إلا أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشتر لي عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذا وإلا فالقول قول الموكل لأن من كان القول قوله

التام بنفوسهم فإن وكل إنساناً يشتري له وباع جاز على هذه الرواية لأنه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراهما أجنبي وقال أبو حنيفة يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لأن الله تعالى قال (ولا تقر بوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمنه فقد قرب به بالتي هي أحسن ، ولأنه نائب عن الأب وذلك جائز للأب فكذلك نائبه ، ووجه الرواية الأولى أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به ولأنه تلحقه التهمة ويتنافى الغرضان في بيعه لنفسه فلم يجوز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لأنه يلي بيع مال غيره بتولية فأشبهه الوكيل أو منهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي أكد لأن الوكيل منهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من مال اليتيم مالا حظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالتمنع وعند ذلك لا يكون أخذه ماله قرباناً بالتي هي أحسن وقد روى ابن مسعود أنه قال في رجل أوصى إلى رجل بتركته وقد ترك قريباً فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) وحكم الحاكم وأمينه كحكم الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لو كيله أو لولده الصغير أو طفل يلي عليه أو لو كيله أو عبد المأذون له كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك بخروج على روايتين بناء على

في أصل شيء، كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فإنه يطالبه برد ما زاد على خمس المائة

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولأنه أمين في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي.

(الجلال الرابعة) أن يختلفا في الرد فيدعيه الوكيل فيسكركه الموكل فإن كان بغير جمل فالقول قول الوكيل لأنه قبض المال لنفع مالكة فكان القول قوله كالودع وإن كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله لأنه وكيل فكان القول قوله كالاول (والتاني) لا يقبل قوله لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها. وجملة الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جمل فيقبل قولهم في الرد لأنه لو لم يقبل قولهم لامتنع الناس من قبول هذه الامانات فيلحق الناس الضرر (الثاني) من ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجمل والمضارب والأجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب وقال القاضي لا يقبل قول المرتهن والمستأجر والمضارب في الرد لأن أحمد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولأن من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد، وأو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعتراف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لأن خيافته قد ثبتت بمجده، فإن أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف فهل تقبل بينته؟ على وجهين (أحدهما) لا تقبل لأنه كذبها بمجده فإن قوله ما قبضت يتضمن

بيعه لنفسه، فاما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم اصحابنا ايضا في جملة ما يخرج على روايتين ولاصحاب الشافعي فيهم وجهان وقال ابو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لأنه امتثل امر موكله ووافق العرف في بيع غيره كما لو باعه لاختيه، وفارق البيع لو كيله لأن الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك يبيع عبد المأذون ويبيع طفل يلي عليه يبيع لنفسه لأن الشراء يقع لنفسه، ووجه الجمع بينهم انه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته لهم، والحكم فيها اذا اراد ان يشتري لموكله كالحاكم في بيعه لماله لانهما سواء في المعنى

(فصل) وان وكل رجلا يزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته؟ يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده الكبير وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم فيها قبلها وان اذنت له موليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو ولده أو والده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك لو وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(مسئلة) (وهل يجوز ان يبيع لولده أو والده أو مكاتبه؟ على وجهين) وقد ذكرنا في المسئلة قبلها (فصل) فإن وكله في يسم عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب جواز شرائه من

انه لم يرد شيئاً (والثاني) تقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود حياته وإن كان جحوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سماع قوله مع يمينه لأن جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أو رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين إلا أن يدعي أنه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله أيضاً لثبوت كذبه وخيائه

(الحال الخامسة) إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال وكلني فأنكر الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل عدم الوكالة فلم يثبت أنه امينه ليقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنا نكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالوكيل وأنكر دفع المال اليه فالقول قوله لذلك، ولو قال رجل لا آخر وكلني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه احمد فقال إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح قال احمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فالما ان ادعته المرأة فينبغي أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فإذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، ونقل اسحاق بن ابراهيم عن احمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبة به كذا ههنا والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تعجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح بخلافه في هذا كله ولكن إن كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه عن الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان التفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن

نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز ان يليها اذا اتفت التهمة كالأب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتدعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه يمكنه الدعوى عن احدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلتين وجهان

(فصل) فان اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز ذلك وقال اصحاب الشافعي لا يجوز في احد الوجهين لانه يجتمع له في عقد غرضان الاسترخاض لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فهنا ولنا انه وكله في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع من المشتري لنفسه في محل الاتفاق التهمة لدلائها على عدم رضا الموكل بهذا التصرف وإخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإرادته وقد صرح ههنا بالاذن فيها فلا ينفي دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافها، وقولهم إنه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا ان عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء فانه لا يراد أكثر مما حصل وان لم يعين له الثمن يعيد البيع بثمن المثل كما لو باع الاجنبي وقد ذكر اصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجهاً أنه لا يجوز ويخرج ههنا مثله والصحيح ما قلناه ان شاء الله تعالى

فيجب جميع الصداق . ولنا أنه يملك الطلاق فإذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة إيقاعه لما تحرم به قال احمد ولا تزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذبا في إنكاره وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لأنها معترفة بأنها زوجة له فيؤخذ بأقرارها ، وانكاره ليس بطلاق وهل يلزم الموكل طلاقها ؟
يحتمل أن لا يلزمه لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكلف الطلاق ويحتمل أن يكلفه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبه النكاح الفاسد ، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكله في تزوج امرأة فتزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة إلا أن يصدق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزواج وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له فهنا الاختلاف في تصرف الوكيل والقول قول الوكيل فيه فيثبت الزواج وهنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتم إقامته عليه لكونه لا ينفق إلا بها وذكر أن احمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما إذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمر به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى أنه باعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص احمد فيما إذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص وهنا اختلاف أحكام الصوريين وتباينهما فلا يكون النص في أحدهما نصا في الأخرى وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعمل عليه ، ولو غاب رجل فجاء آخر الى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبناها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فمقد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها فأنكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الاول بحسالة وقياس ما ذكرناه أن المرأة ان صدقت

(مسئلة) (ولا يجوز أن يبيع نساء ولا بغير نقد البلد ويحتمل أن يجوز كالمضارب)

وجملة ذلك أن الموكل إذا عين للوكيل الشراء أو البيع بنقد معين أو حالا لم تجز مخالفته لأنه إنما يتصرف بأذنه ولم يأذن في غير ذلك وإن أذن له في الشراء أو البيع بنسيئة جاز وإن أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد لأن الأصل في البيع الحلول وإطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد كما لو باع ماله فإن كان في البلد نقدان باع بأغلبهما فإن تساوى باع بما شاء منها وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لأنه معتاد فأشبه الحال ويتخرج لنا مثل ذلك بناء على الرواية في المضارب والاول أولى لأنه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك إذا أطلق الوكالة ولا نسلم تساوي العادة فيها فإن بيع الحال أكثر ، ويفارق المضاربة لوحين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة بأجرة تفوت بتأخير الثمن (الثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وهنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لأنه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقظم الالحاق

الوكيل لزمه الألف إلا أن يبينها زوجها قبل دخول الثاني بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لأنه فرغ عن المضمون عنه ولم يلزم المضمون عنه شيء فكذلك فرعه. ولنا أن الوكيل مقرباً للحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فله ما أقر به كالموكل ادعى على رجل أنه ضمن له ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه فأقر البائع بالبيع فأنكره المشتري فإن الشفيع يستحق الشفعة في أصح الوجهين وإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه وبمحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون فيها اختلاف والله أعلم (الحال السادس) أن يختلف في صفة الوكالة فيقول وكنتك في بيع هذا العبد قال بل وكنتني في بيع هذه الجارية أو قال وكنتك في البيع بألفين قال بل بألف أو قال وكنتك في بيعه نقد أو قال بل نسيئة أو قال وكنتك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال وكنتك في الشراء بخمسة قال بل بعشرة فقال القاضي القول قول الموكل وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقد أو في الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بعشرة القول قول الوكيل نص عليه أحمد في المضاربة لأنه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباه قال بل قيصاً وحكي عن مالك

(مسئلة) (وان باع بدون ثمن مما قدره له صح وضمن النقص)

وجملة ذلك أن الوكيل ليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لأن لفظه في الإذن مطلق فيجب حمله على إطلاقه

ولنا أنه وكيل مطلق في عقد معاوضة فاقضى ثمن المثل كالشراء فإنه قد وافق عليه وبه ينتقض دليله فإن باع بأقل من ثمن المثل، مما لا يتعابن الناس بمثله أو بدون ما قدره له فحكمه حكم من لم يأذن له في البيع، وعن أحمد البيع صحيح ويضمن الوكيل، النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى، فعلى هذه الرواية يكون على الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المال وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتعابن الناس بمثله وما لا يتعابنون لأن ما يتعابن الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لأنه يبيع غير مأذون فيه أشبهه يبيع الأجنبي وكل تصرف كان الوكيل فيه مخالفاً لموكله فحكمه فيه حكم تصرف الأجنبي على ما ذكرنا في موضعه فأما ما يتعابن الناس به عادة وهو درهم في عشرة فمغفو عنه إذا لم يكن الموكل قدر الثمن لأن ما يتعابن الناس به بعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز منه .

(فصل) ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحفظ لموكله فإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد لأن الزيادة منه

ان أدركت السلعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما إذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في في التوكيل الذي يدعيه الوكيل والاصل عدمه فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق، فعلى هذا اذا قال اشتريت لك هذه الجارية باذنك قال ما أذنت لك الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما أذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه الميمن فاذا حلف بريء من الشراء ثم لا يخلو اما ان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل وتبرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لذيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلفه أنه لا يعلم انه اشتراه بمال موكله لانه يخلط على نفي فعل غيره فكانت يمينه على نفي العلم فاذا حلف أمضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده ولا تحل له لانه لا يخلو من أن يكون صادقا فتكون للموكل أو كاذبا فتكون للبائع فاذا أراد استحلالها اشتراها ممن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه اياها رفع الامر الى الحاكم ليرفق به ليبيعه اياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته ثمنا قصاصا بالذي أخذ منه الآخر ظاهرا فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه

عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولان المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل ان يلزمه ذلك لانها زيادة أمكن تحصيلها أشبه ما قبل البيع والنهي بتوجه الى الذي زاد لا الى الوكيل فأشبه ما اذا زاد قبل البيع بعد الاتفاق عليه

﴿مسئلة﴾ (وان باع بأكثر من ثمن المثل صح سواء كانت الزيادة من جنس الثمن الذي أمر به أو لم تكن هي) إذا وكله في بيع شيء معين فباعه بأكثر منه صح قلت الزيادة أو كثرت وكذلك ان أطلق فباعه بأكثر من ثمن المثل لانه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه كمن أذن في البيع بمائة درهم فباعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة و ثوب في أحد الوجهين لانه من غير جنس الأثمان

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولان الاذن في بيعه بمائة اذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لان من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ما ينفعه ولا يضره ويصير كما لو وكله في الشراء فاشترى بدون ثمن المثل أو بدون ما قدر له

﴿مسئلة﴾ (وان قال به بدرهم فباعه بدينار صح في أحد الوجهين)

لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بدرهم رضي مكانه ديناراً تجزئ مجزئ ببيع بمائة درهم ودينار على ما ذكرنا في المسئلة قبلها وقال القاضي لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه خالف موكله في الجنس

لانه عقد مراضة وان قال ان كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بتمكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لأنه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطاً كما لو قال ان كانت هذه الجارية جاريتي فقد بتمكها وكذا كل شرط علماً وجوده فإنه لا يوجب وقوف اليتم ولا شك فيه فاما ان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان الوكيل كاذباً في دعواه فالجارية له لانه اشتراها في ذمته بغير أمر غيره وان كان صادقاً فالجارية لموكله فإذا أراد إحلالها له توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن فامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته للوكيل ثمنها فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد أذن في بيعها وان كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين امتنع المدين من وفائه وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب ان شاء الله تعالى وإن اشتراها الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في هذا فأشبهه مالهو اشترى منه

(فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسبة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً وصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منها بالعبد ان كان باقياً أو بقيته ان كان تالفاً فان أخذ القيمة

أشبه ما لو باعه بثوب يساوي ديناراً فاما ان قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة ثوب قيمتها اكثر من الدراهم أو بمائتين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح وهو مذهب الشافعي لانها من غير الاثمان ولانه لم يؤذن فيه لفظاً ولا عرفاً بخلاف بيعه بدينار.

(فصل) فان وكله في بيع عبد بمائة فباع بعضه بها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بثلثي الكل جاز لانه مأذون فيه عرفاً فان من رضي بمائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للبعض ولانه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله بيع النصف الآخر لانه مأذون فيه فأشبه ما لو باع العبد كله بزيادة على ثمنه، ويحتمل ان لا يجوز لانه قد حصل للموكل غرضه من الثمن ببيع البعض فربما لا يختار بيع باقيه للغني عن بيعه بما حصل له من ثمن البعض وهكذا لو وكله في بيع عبد بمائة فباع أحدهما بها يصح لما ذكرنا وهل له بيع الآخر على وجهين فأما ان وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها أو وكله مطلقاً فباع بعضه بدون ثمن الكل لم يصح وبه قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في ان للوكيل المطلق البيع بما شاء

ولنا أن على الموكل ضرراً في تبعضه ولم يوجد الاذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعضه.

(مسئلة) (فان قال بعه بألف نساء فباعه بألف حالة صح ان كان لا يستنصر بحفظ الثمن في الحال)

من الوكيل رجوع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وان أخذهما من المشتري لم يرجع على أحد وان كذبه وادعى انه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين ان كانت قائمة وان كانت نالفة رجوع بقيمتها على من شاء منهما فان رجوع على المشتري رجوع على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لا غير لانه لم يسلم له المبيع وان ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وان البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه انما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فاذا حل الاجل رجوع الوكيل على المشتري بأقل الامرين من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فـ لا غرم أكثر منها فلا يرجع بأكثر مما غرم وان كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري انه لا يستحق عليه أكثر منه وان الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلمه به الموكل وان كذبه أحدهما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير عيب ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرنا هذا ان اعترف المشتري بان الوكيل وكيل في البيع وان أنكر ذلك وقال انما بعني ملكك فالقول قوله مع يمينه انه لا يعلم كونه وكيل ولا يرجع عليه بشيء (فصل) واذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده ولم يرجع عن ذلك فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمنه وان وعده برده ثم ادعى انني كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه

إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه خالف موكله لكونه انما رضي بثمن النسيئة دون النقد وان باعها نقداً بمثل ثمنها نسيئة أو بما عينه من الثمن فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فهو كما لو وكله في بيعها بعشرة فباعها بأكثر من ثمنها والاولى أن ينظر له فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح لما ذكرنا وان كان له فيها غرض مثل ان يستغفر بحفظ الثمن في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغيين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول او نحو ذلك فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الاذن لا يتناول المسكوت عنه الا اذا علم أنه في المصاحبة كالمتطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبيه أو المائلة ومتى كان في المتطوق به غرض صحيح لم يحجز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره

(مسألة) وان وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل أو بأكثر مما قدره له (١) أما إذا وكله في الشراء فاشترى بأكثر من ثمن المثل عما لا يتغابن الناس بمثله

(فصل) فان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة وواحداً واحداً لان الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم بخلاف ما لو وكله في شراء عبد فاشترى بعه فانه لا يصح لانه يفضي الى التشقيص وفيه اضرار بالموكل، فان قال اشترى لي عبيداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم يحجز مخالفته لان

(١) هذه المسئلة

ذكرت في الاصل بهذا

الوضع وهي كما ترى

جعلها ناقصة فلتراجع

في مظنتها في المغني

بوعده برده فان صدقه الموكل بريء وان كذبه فالقول قول الموكل فان أقام الوكيل بينة بذلك فهل يقبل على وجهين (أحدهما) يقبل لانه لو صدقه الموكل بريء فيكذلك اذا قامت له بينة ولان البينة احدى الحجتين فبرئ بها كالاقرار (والثاني) لا يقبل لانه كذبه بوعده بالدفع أما إذا صدقه فقد أقر ببراءة فلم يبق له منازع وان لم يعمده برده لكن منعه أو مطله برده مع إمكانه ثم ادعى التلف أو الرد لم يقبل قوله لانه ضامن بالمنع خارج عن حال الأمانة وان أقام بما ادعاه من الرد أو التلف بينة سمعت لانه لم يكذبها

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث اليه رسولا يقبضها فبعث اليه مع الرسول ديناراً فضاغ مع الرسول فهو من مال البائع لانه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان البائع لانه دفع الى الرسول غير ما أمره به المرسل فان المرسل إنما أمره بقبض ماله في ذمته وهي الدراهم ولم يدفعها وإنما دفع ديناراً عوضاً عن عشرة دراهم وهذا صرف يفتقر الى رضى صاحب الدين وإذنه ولم يأذن فصار الرسول وكيلاً للبائع في تأديته إلى صاحب الدين ومصارفته به فاذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول الغريم ان رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون حينئذ من ضمان الرسول لانه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وان قبض منه الدراهم التي أمر بقبضها فضاغت من الرسول فهي من ضمان صاحب الدين لأنها تلفت من يد وكيله وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنائير وثياب فبعث

تصميمه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء، وان قال اشترى لي عشرين صفقة فاشترى عشرين لاثنتين شركة بينهما أو من أحدهما بأذن الآخر جاز وان كان لكل واحد عبد مفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيها وقبل ذلك منها بلفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والفرض لا يختلف، وان اشتراها من وكيلها وعين ثمن كل واحد منهما مثل ان يقول بعتك هذين العبدين هذا بمائة وهذا بثمانين فقال قبلت احتمل أيضاً وجهين وان لم يمين الثمن لكل واحد لم يصح البيع لجهالة الثمن وفيه وجه أنه يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما، وقد ذكر ذلك في تفريق الصفقة.

(مسئلة) (وان وكل في شراء شيء نقداً بثمن معين فاشتراه به مؤجلاً صح)

ذكره القاضي لانه زاده خيراً فأشبه ما لو وكله في الشراء بمائة فاشترى بدونها، ويحتمل أن ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحجز ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان:

(مسئلة) (وان قال اشترى لي شاة بدينار فاشترى له شاتين تساوي احدهما ديناراً أو اشترى له شاة

تساوي ديناراً بأقل منه صح والا لم يصح)

اليه رسولا وقال خذ ديناراً وثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضاعت فاضمان على الباعث يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ورجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين أما جعل عليه الضمان لانه دفعهما الى من لم يؤمر به فعهما اليه ورجع بهما على الرسول لانه غره وحصل التلف في يده فاستقر عليه الضمان والموكل تضمن الوكيل لانه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فاذا ضمنه لم يرجع على احد لان التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ، وقال أحمد في رجل وكل وكيلاً في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لانه رهن فاسد والقبض في المقد الفاسد كالتقبض في الصحيح فإكان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطى آخر دراهم يشتري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاعاً فلا شيء عليه وان ضاع أحدهما أيها ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منها ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما ان خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان اذا ضاع أحدهما لانه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والاصل بقاؤها ومعنى الضمان هنا أنه بحسب الضائع من دراهم نفسه فأما على الحمل الآخر وهو اذا خلطها بما تميز منه فاذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

وجملة ذلك أنه اذا وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منها أقل من دينار لم يقع للموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي ديناراً أو احدهما تساوي ديناراً والأخرى أقل منه صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرص بالزامه عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد الباري ديناراً فقال « اشتر لنا به شاة » قال فأتيت الجلب فاشتريت شاتين بدينار فحُت أسوة هما أو أقودهما فلقيني رجل في الطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأتيت النبي ﷺ بالدينار والشاة فقلت يا رسول الله هذا ديناركم وهذه شاتكم فقال « وضعت كيف ؟ » فحدثته الحديث فقال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولانه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح لانه باع مال موكله بغير إذنه فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة ولانه حصل له المأذون وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه بدينار فباعه بدينارين وما ذكره يطل بالبيع ، فان باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لانه باع مال موكله بغير أمره فلم يجز كييع الشاتين (والثاني) ان كانت الباقية تساوي ديناراً جاز لحديث عروة الباري ولانه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز

(مسئلة) قال (ولو أمره أن يدفع الى رجل ما لادعى أنه دفعه اليه لم يقبل قوله على الأمر إلا بينة)

وجملته أن الرجل اذا وكل وكلا في قضاء دينه ودفع اليه مالا ليدفعه اليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال الى الغريم لم يقبل قوله على الغريم الا بينة لانه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في الدفع اليه كما لو ادعى الموكل ذلك فاذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لان ذمته لا تبرأ بدفع المال الى وكيله فاذا دفعه فهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فان ادعى أنه قضى الدين بغير بينة فله الرجوع عليه اذا قضاء في غيبة الموكل قال القاضي سواء صدقه أنه قضى الحق أو كذبه وهذا قول الشافعي لانه أذن له في قضاء يبرئه ولم يوجد وعن أحمد رواية أخرى لا يرجع عليه شيء إلا أن يكون أمره بالأشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية ان صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وان كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لصاحب الشافعي لانه ادعى فعل ما أمر به موكله فكان القول قوله كما لو أمره ببيع ثوبه فادعى أنه باعه، ووجه الاول أنه مفرط بترك الأشهاد فضمن كما لو فرط في البيع بدون من المثل، فان قيل فلم يأمره بالأشهاد قلنا اطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لانه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا هنا

فجاز له ابدالها بغيرها وهذا ظاهر كلام أحمد لانه اخذ بحديث عروة وذهب اليه، واذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يبطل البيع أو يصح ويقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وهذا اصل لكل تصرف في ملك الغير بغير اذنه ووكيل خالف موكله فيه الروايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان (فصل) واذا وكله في شراء عبد معين بمائة فاشترى بما دونها صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه عرفا وان قال لا تشتريه بدون المائة فخالفه لم يجوز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف وان قال اشتره بمائة ولا تشتري بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة يدل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي فيما فوقها على مقتضى الاذن فان اشترى بما دون الخمسين جاز في احدى الوجوه لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد عليها (والثاني) لا يجوز لانه نهاه عن الخمسين استقلالا لها فكان تنبيهها على النهي عما دونها كما ان الاذن في الشراء بمائة أذن فيما دونها فخرى بخرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه، فان قال اشتره بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بدرهم فباعه بدينار على ما مضى وان قال اشتر لي نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جاز لانه مأذون فيه عرفا وان قال اشتر لي نصفه بمائة ولا تشتري جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجميع بصريح نهيه فبقيا عداه يبقى على مقتضى الاذن (فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جاز لانه مأذون فيه عرفا وان خالف في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى

وقياس القول الآخر يمكن القول بموجبه وان قوله مقبول في القضاء لكن لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله ، وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل لم يضمن الوكيل شيئاً لان تركه الاشهاد والاحتياط رضى منه بما فعل وكيه وكذلك لو أذن له في القضاء بنير اشهاد فلا ضمان على الوكيل لان صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك ان أشهد على القضاء عدولاً فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وان أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين وان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بمحضرتك قال بل في غيبتي أو قال أذنت لي في قضائه بنير بينة فأنكر الاذن أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأذكره الموكل فالقول قول الموكل لان الاصل معه .

(فصل) وإن وكله في إيداع ماله فأودعه ولم يشهد فقال أصحابنا لا يضمن إذا أنكر المودع ، وكلام الحرقي بعمومه يقتضي أن لا يقبل قوله على الأمر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الودعة لا تثبت إلا بالينة فهي كالدين ، وقال أصحابنا لا يصح القياس على الدين لأن قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيثاق بخلاف الدين فان قال الوكيل دفعت المال إلى المودع فقال : لم تدفعه فالقول قول الوكيل لانهم اختلفوا في تصرفه وفيما وكل فيه فكان القول قوله فيه

(فصل) وإذا كان على رجل دين وعنده وديعة فجاء انسان فادعى انه وكيل صاحب الدين والوديعة في قبضهما وأقام بذلك بينة وجب الدفع اليه وان لم يقم بينة لم يلزمه دفعها اليه سواء صدقه

عبداً يساوي مائة بدونها جاز لانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيراً فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان ساوى أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(مسئلة) (وليس له شراء معيب فان وجد بما اشترى عيباً فله رده) اذا وكله في شراء سلعة موصوفة لم يجز أن يشترى بها إلا سليمة من العيوب لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز له الرد بالعيب فان اشترى معيباً يعلم عيبه لم يلزم الموكل لانه اشترى له ما لم يأذن فيه وان لم يعلم صح البيع لانه إنما يلزمه شراء صحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز عن شراء معيب لا يعلم عيبه فاذا علم عيبه ملك رده لانه قائم مقام الموكل والموكل رده أيضاً لانه ملكه ، فان حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للموكل رده لان الحق له بخلاف المضارب فان له الرد وان رضي رب المال فان له حقاً فلا يسقط برضاء غيره وان لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لانه لا يأمن فوات الرد بهرب البائع وفوات الثمن بتلفه فان اخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل فله الرد وان قلنا الرد على الفور لانه اخره باذن البائع فيه بان رضي الموكل سقط الرد

(مسئلة) (وان قال البائع موكلك قد رضي بالعيب فالقول قول الوكيل يمينه أنه لا يعلم ذلك)

في أنه وكيله أو كذبه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان صدقه لزمه وفاء الدين وفي دفع العين اليه روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها واحتج بأنه أقر له بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كالأقر له أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بان هذا وصي الصغير ، وفارق الاقرار بكونه وارثه لانه يتضمن براءته فانه أقر بأنه لا حق لسواه، فاما ان أنكر وكالته لم يستحلف وقال أبو حنيفة يستحلف، ومبنى الخلاف على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه الدفع مع التصديق ألزمه اليمين عند التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق قال لا يلزمه اليمين عند التكذيب لعدم فائدها، فان دفع اليه مع التصديق أو مع عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه فاذا خلف وكان الحق عينا قائمة في يد الوكيل فله أخذها وله مطالبة من شاء بردها لأن الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها إلى صاحبها، وإن تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع ببدلها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والمدفوع اليه قبض ما لا يستحق قبضه وأيهما ضمن لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ما أخذه المالك ظلم ويقر بأنه لم يوجد من صاحبه تعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره إلا أن يكون الدافع دفعها إلى الوكيل من غير تصديقه فيما ادعاه من الوكالة فان ضمن رجح على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته

لان الاصل عدم الرضى فلا يقبل قوله إلا بينة فان لم يقم بينة لم يستحلف الوكيل الا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة في رواية لا يستحلف لانه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فانه لا نيابة ههنا فانه إنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد ولو اشترى المضارب مبيعاً أصح لان المقصود منها الربح وهو يحصل مع العيب بخلاف الوكيل فانه قد يكون غرض الموكل الفنية والاتقان والعيب يمنع بعض ذلك

(مسئلة) (فان رده فصدق الموكل البائع في الرضى بالعيب فهل يصح الرد؟ على وجهين)

(احدهما) لا يصح والموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لان رضاه به عزل للوكيل عن الرد بدليل انه لو علمه لم يكن له الرد (الثاني) يصح الرد بناء على أن الوكيل لا ينزل قبل العلم بالعزل فان رضي الوكيل المبيع أو أمسكه أمسكا ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك على الوجه الاول ان صدق البائم الموكل أن الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم يكن بينة فحلف البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر ان من اشترى شيئا فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المبيع لان التوكيل في البيع مطلقا يدخل المبيع في اطلاقه ولنا أمين في الشراء فجاز له ذلك كالمضارب

ولنا ان البيع باطلا فله يقتضي الصحيح دون المبيع فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث

ولا تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع عليه وإن صدقه لكن الوكيل تعدى فيها أو فرط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجح عليه لأنه وإن كان يقر أنه قبضه قبضاً صحيحاً لكن لزمه الضمان بتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيأخذه يستوفي حقه منه فاما إن كان المدفوع ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لأن حقه في ذمة الدافع لم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالأخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذ منه الوكيل ويكون قصاصاً مما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لأنه مقرر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعديه وتفريطه فيرجع عليه .

(فصل) فإن جاء رجل فقال أنا وارث صاحب الحق فإن أنكره لزمته البين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن البين ههنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم لأنه لو صدقه لزمه الدفع إليه فلما لزمه الدفع مع الإقرار لزمته البين مع الإنكار، وإن صدقه في أنه وارث صاحب الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع إليه بغير خلاف لعلمه لأنه مقرر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فلزمه كما لو جاء صاحب الحق، فاما إن جاء رجل فقال قد أحاطني عليك صاحب الحق فصدقه فقيه وجهان (أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لأن

أن المقصود فيها الربح وهو يحصل من المغيب كحصوله من الصحيح بخلاف الوكالة فإنه قد يكون المقصود بها القنية أو يدفع بها حاجة يكون المغيب مانعاً منها فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة قوله فإنه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الأعمى والمقعّد ومقطوع اليدين والرجلين

﴿مسئلة﴾ (وإن وكله في شراء معين فاشترى ووجده معيباً فهل له رده قبل إعلام الموكل؟ على وجهين) (أحدهما) له الرد لأن الأمر يقتضي السلامة أشبهه مالو وكله في شراء موصوفة (والثاني) لا يملكه لأن الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيه على جميع صفاته فإن قلنا له الرد فحكمه حكم غير المعين وإن علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتتمل وجهين مبنيين على رده إذا علم عيبه بعد شراؤه إن قلنا له رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جاز الرد به بعد العقد فلا ينفع من الشراء أولى وإن قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء ههنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

﴿مسئلة﴾ (فإن قال اشترى بعين هذا الثمن فاشترى له في ذمته لم يلزم الموكل) وجهة ذلك أنه إذا دفع إليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتري بعينها وفي الذمة لأن الشراء يقيم على هذين الوجهين فإذا أطلق كان له فعل ما شاء منها فإن قال اشتر بعينها فاشترى في ذمته ثم تقدمها لم يلزم الموكل لأنه إذا عين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مفصوباً ولم يلزمه

الدفع اليه غير مبرى ولا احتمال أن يجبيء الحيل فينكر الحوالة أو يضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع اليه لانه معترف بان الحق له لا لغيره فأشبه الوارث فان قلنا يلزمه الدفع مع الاقرار لزومه اليين مع الانكار ، وان قلنا لا يلزمه الدفع مع الاقرار لم تلزمه اليين مع الانكار لعدم انفاذة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي .

(فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض نظرت فان كان الحق عليه بغير بينة لم يلزمه القاضي بالاشهاد لانه لا ضرر عليه في ذلك فانه متى ادعي الحق على الدافع بعد ذلك قال لا يستحق علي شيء والقول قوله مع يمينه ، وإن كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بنير جمل فكذلك لانه متى ادعي عليه حق أو قامت به بينة فالقول قوله في الرد وإن كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالفاسد والمستعير والمرتهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاث ينكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وان قال لا يستحق علي شيئا قامت عليه البينة أو اذا أشهد على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

ثمن في ذمته وهذا غرض صحيح للموكل فلم يجز مخالفته ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين

❖ مسألة ❖ (فان قال اشترلي في ذمتك وانقد الثمن فاشترى بعينه صح) ولزم الموكل ذكره اصحابنا لانه اذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدرامم وتلفها فكان اذنا في عقد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ، ويحتمل أن لا يصح لانه قد يكون له غرض في الشراء بغير عينيها لشبهة فيها لا يجب أن تشتري بها أو يختار وقوع عقد لا يفسخ بتلفها ولا يبطل بتجريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تفويته عليه كما لم يجز تفويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله على نحو ما ذكرنا

❖ مسألة ❖ (وان أمره ببيعه في سوق بثمن فباعه في آخر صح وان قال بعه من زيد فباعه من غيره لم يصح)

وجملة ذلك أن الوكيل لا يملك من التصرف الا ما يقتضيه اذن موكله من جهة النطق أو العرف لان تصرفه بالاذن فاختص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق تارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلا في التصرف في زمن مقيم لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناوله اذنه نطقا ولا عرفا فانه قد يختار التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتا لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بعه ثوبي غدا لم يجز قبله ولا بعده ، فان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان السوق معروفًا بجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الوكيل وبينهم تقيده بالاذن به لانه نص على أمر له فيه غرض فلم يجز تفويته وان كان هو وغيره

﴿مسئلة﴾ قال (وشراء الوكيل من نفسه غير جائز وكذلك الوصي)

وجملة ذلك ان من وكل في بيع شيء لم يحز له ان يشتريه من نفسه في إحدى الروايتين نقلها معنا وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وكذلك الوصي لا يجوز ان يشتري من مال اليتيم شيئاً لنفسه في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي وحكي عن مالك والاوزاعي جواز ذلك فيهما (والرواية الثانية) عن أحمد يجوز لهما ان يشتريا بشرطين (أحدهما) أن يزيدا على مبالغ ثمنه في النداء (والثاني) ان يتولى النداء غيره، قال القاضي يحتمل ان يكون اشراط تولي غيره النداء واجبا ويحتمل ان يكون مستحباً والاول أشبه بظاهر كلامه وقال أبو الخطاب الشرط الثاني ان يولي من يبيع ويكون هو أحد المشترين، فان قيل فكيف يجوز له دفعها الى غيره ليبيعها وهذا توكيل وليس للوكيل التوكيل؟ قلنا يجوز التوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه والنداء بما لم تجز العادة ان يتولاه أكثر الناس بنفوسهم، وان وكل انسانا يشتري له وباعه هو جاز على هذه الرواية لانه امتثل أمر موكله في البيع وحصل غرضه من الثمن فجاز كما لو اشتراها أجني وقال أبو حنيفة رضي الله عنه يجوز للوصي الشراء دون الوكيل لان الله تعالى قال (ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن) وإذا اشترى مال اليتيم بأكثر من ثمن مثله فقد قرب به بالتي هي أحسن ولانه نائب

سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره مساوياً المنصوص عليه في الغرض فكان تنصيبه على أحدهما اذناً في الآخر كما لو استأجر أو استعار أرضاً لزراعة شيء كان اذناً في زراعة مثله وما دونه ولو أكثرى عقاراً كان له أن يسكنه مثله ولو نذر الاعتكاف أو الصلاة في مسجد جاز له ذلك في غيره وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره، فأما ان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك يمينه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لا لانه قد يكون له غرض في تملكه اياه دون غيره إلا أن يعلم بقربة أو صريح أنه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) اذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل الى الموكل لان حقوق العتد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل الى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب ان ينتقل الملك اليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم ان حقوق العتد تتعلق به غير مسلم، ويتفرع من هذا ان المسلم لو وكل ذمياً في شراء دم أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي لان الحر مال لهم لانهم يمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا ان كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز ان يوكل فيه كزواج الجوسية وبهذا خالف سائر

عن الاب وذلك جائز للاب فكذلك لناؤه، ووجه الرواية الاولى ان العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه كما لو صرح به فقال بعه غيرك ولانه تلحقه التهمة ويتنافى العرضان في بيعه نفسه فلم يجز كما لو نهاه والوصي كالوكيل لا يلي بيع مال غيره بتوليئه فأشبهه الوكيل أو متهم فأشبهه الوكيل بل التهمة في الوصي آكد من الوكيل لان الوكيل يتهم في ترك الاستقصاء في الثمن لا غير والوصي يتهم في ذلك وفي أنه يشتري من ما لا يتيم ملاحظ لليتيم في بيعه فكان أولى بالمنع وعند ذلك لا يكون أخذه لئله قريبا له بالنسبة هي أحسن وقد روي عن ابن مسعود انه قال في رجل أوصى الى رجل بتركته وقد ترك فرسا فقال الوصي اشتره قال لا

(فصل) والحكم في الحاكم وأمينه كالحكم في الوكيل والحكم في بيع أحد هؤلاء لوكيله أو ولده الصغير أو الطفل يلي عليه أو لوكيله أو عبده المأذون كالحكم في بيعه لنفسه كل ذلك يخرج على روايتين بناء على بيعه لنفسه، أما بيعه لولده الكبير أو والده أو مكاتبه فذكرهم أصحابنا أيضا في جملة ما يخرج على روايتين ولأصحاب الشافعي فيهم وجهان، وقال أبو حنيفة يجوز بيعه لولده الكبير لانه امثل أمر موكله ووافق العرف في بيع غيره فصح كما لو باعه لآخيه وفارق البيع لوكيله لان الشراء إنما يقع لنفسه وكذلك بيع عبده المأذون وبيع طفل يلي عليه بيع لنفسه لانه هو المشتري له ووجه الجمع بينهم أنه يتهم في حقهم ويميل الى ترك الاستقصاء عليهم في الثمن كتهمته في حق نفسه وكذلك لا تقبل شهادته، والحكم فيما أراد ان يشتري لموكله كالحكم في بيعه لئله لانها سواء في المعنى

أموالهم وإذا باع الوكيل بشئ معين ثبت الملك للموكل في الثمن لانه بمنزلة المبيع وان كان الثمن في الذمة فلولي الوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق مجلس الصرف والخيار به دون موكله وكذلك القبض

ولنا ان هذا دين للموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها وفارق مجلس العقد لان ذلك من شرط العقد فتعلق بالمأد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من ماله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل وان أبرأ الموكل بريء الوكيل كالضامن والمضمون عنه سواء وان دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردده على الوكيل كان امانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يستسلف له العاصي كرخصة ففعل ملك ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم قال أحمد في رواية منها إذا دفع إلى رجل ثوبا لبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالمندبيل لصاحب الثوب إنما قال ذلك لان هبة المندبيل سببها المبيع فكان المندبيل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

(فصل) وان وكل رجلا يتزوج له امرأة فهل له ان يزوجه ابنته يخرج على ما ذكرنا في الوكيل في البيع هل يبيع لولده؟ وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ووجه القولين ما تقدم في التي قبلها وان اذنت له وليته في تزويجها خرج في تزويجها لنفسه أو لولده وجهان بناء على ما ذكر في البيع وكذلك ان وكله رجل في تزويج ابنته خرج فيه مثل ذلك

(فصل) وان وكله رجل في بيع عبده وكله آخر في شراء عبد فقياس المذهب انه يجوز له ان يشتريه له من نفسه لانه اذن له في طرفي العقد فجاز له ان يبيعها اذا كان غير متهم كالا ب يشتري من مال ولده لنفسه، ولو وكله المتداعيان في الدعوى عنها فالقياس جوازه لانه تمكنه الدعوى عن أحدهما والجواب عن الآخر واقامة حجة كل واحد منهما ولاصحاب الشافعي في المسئلة وجهان

(فصل) واذا اذن للوكيل ان يشتري من نفسه جاز له ذلك وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين لا يجوز لانه يجتمع له في عقده غرضان الاسترخاء لنفسه والاستقصاء للموكل وهما متضادان فبانما، ولنا انه وكل في التصرف لنفسه فجاز كما لو وكل المرأة في طلاق نفسها ولان علة المنع هي من المشتري لنفسه، في غل لا اتفاق التهمة لدلائلها على عدم رضى الموكل بهذا التصرف واخراج هذا التصرف عن عموم لفظه وإذنه وقد صرح هنا بالاذن فيها فلا تبقى دلالة الحال مع نصه بلفظه على خلافه وقولهم انه يتضاد مقصوده في البيع والشراء قلنا إن عين الموكل له الثمن فاشترى به فقد زال مقصود الاستقصاء وانه لا يراد أكثر مما قد حصل وان لم يمين له الثمن تقيد البيع بثمن المثل كما لو باع

(مسئلة) (وان وكله في بيع شيء ملك تسليمه ولم يملك قبض ثمنه الا بقرينة فان تمذرقبضه لم يلزم الوكيل) لان اطلاق التوكيل في البيع يقتضي التسليم لكونه من تمامه ولم يملك الا براء من الثمن وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملكه

ولنا أن الا براء ليس من المبيع ولا من ثمنه فلا يكون التوكيل في البيع توكيلا فيه كالا براء من غير ثمنه فاما قبض الثمن فقال القاضي وأبو الخطاب لا يملكه وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لانه قد يوكل في البيع من لا يأتئنه على قبض الثمن، فعلى هذا ان تمذرقبض الثمن من المشتري لم يلزم الوكيل شيء ويحتمل أن يملك قبض الثمن لانه من موجب البيع فملكه كتسليم المبيع فعلى هذا ليس له تسليم المبيع الا بقبض الثمن أو حضوره فان سلمه قبل قبض ثمنه ضمنه، قال شيخنا والاولى أن ينظر فيه فان دلت قرينة الحال على قبض الثمن مثل توكيله في بيع ثوب في سوق غائب عن الموكل أو موضع يضيع الثمن بترك قبض الوكيل كان اذا في قبضه فتي ترك قبضه ضمنه لان ظاهر حال الموكل أنه انما أمره بالبيع لتحصيل ثمنه فلا يرضى بتضييعه ولهذا يعد من فعل ذلك مفرطاً وان لم تدل القرينة على ذلك لم يكن له قبضه

(فصل) وان وكله في شراء شيء ملك تسليم ثمنه لانه من ثمنه وحقوقه فهو كتسليم المبيع في

الاجنبي، وقد ذكر أصحابنا فيما اذا وكل عبداً يشتري له نفسه من سيده وجها انه لا يجوز فيخرج
هنا مثله والصحيح ما قلنا ان شاء الله تعالى

(فصل) اذا وكل عبداً يشتري نفسه من سيده أو يشتري منه عبداً آخر ففعل صح وبه قال أبو
حنيفة وبعض الشافعية، وقال بعضهم لا يجوز لان يد العبد كيد سيده فأشبهه ماله وكله في السراء من نفسه
ولهذا يحكم الانسان بما في يد عبده وذكر أصحابنا وجها كذلك

ولنا أنه يجوز أن يشتري عبداً من غيره، ولا يجوز أن يشتريه من مولاه كالأجنبي واداً جاز ان يشتري
غيره جاز أن يشتري نفسه كما أن المرأة لما جاز توكيلها في طلاق غيرها جاز في طلاق نفسها والوجه الذي
ذكره أصحابنا لا يصح لان أكثر ما يقدر ههنا جعل توكيل العبد كتوكيل سيده وقد ذكرنا صحة توكيل
السيد في الشراء والبيع من نفسه فههنا أولى، فلي هذا اذا قال العبد اشتريت نفسي لزيد فصدقه سيده وزيد
صح ولزم زيد الثمن، وان قال السيد اشتريت نفسك الا لنفسك عتق العبد بقوله واقارده على نفسه
بما يعتق به ويلزم العبد الثمن في ذمته لسيده لان زيدا لا يلزمه الثمن لعدم حصول العبد له وكون سيده
لا يدعيه عليه فلزم العبد لان الظاهر ممن باشر العقد انه له، وان صدقه السيد وكذبه زيد نظرت في
تكذيبه فان كذبه في الوكالة حلف وبرىء وللسيد فسخ البيع واسترجاع عهده لتعذر ثمنه وان صدقه
في الوكالة وكذبه في أنك ما اشتريت نفسك لي فالقول قول العبد لان التوكيل يقبل قوله في التصرف المأذون فيه
(فصل) وان وكل عبده في اعتاق نفسه أو امرأته في طلاق نفسها صح، وان وكل العبد في
اعتاق عبيده والمرأة في طلاق نسائه لم يملك العبد اعتاق نفسه ولا المرأة طلاق نفسها لان ذلك ينصرف

البيع والحكم في قبض المبيع كالحكم في قبض الثمن في البيع على ما ذكرنا، فان اشترى عبداً فنقد ثمنه
نخرج العبد مستحقاً فهل يملك أن يخاصم ابائهم في الثمن؟ على وجهين، فان اشترى شيئاً وقبضه وأخر
تسليم الثمن لغير عذر فملك في يده ضمنه وان كان له عذر مثل ان ذهب بينقده أو نحو ذلك فلا ضمان
عليه نص أحمد على هذا لانه مفطر في امساكه في الصورة الاولى فلزمه الضمان بخلاف ما اذا لم يفطر
(مسئلة) (وان وكله في بيع فاسد لم يصح ولم يملكه)

لان الله تعالى لم يأذن فيه ولان الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل
لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى
ولنا أنه أذن له في محرم فلا يملك الحلال بالاذن في الفاسد كما لو أذن في شراء خمر وخنزير
لم يملك شراء الخيل والغنم

(مسئلة) (وان وكله في كل قليل وكثير لم يصح)

لانه يدخل فيه كل شيء فيعظم الضرر ولا نه لا يصح التوكيل الا في تصرف معلوم، وبه قال أبو حنيفة
والشافعي. وقال ابن أبي ليلى يصح ويملك به كل ما تناوله لفظه لان لفظه عام فصح فيما تناوله كما لو قال بئر مالي كله

باطلاقه الى التصرف في غيره ويحتمل أن لها ذلك أخذاً من عموم لفظه كما يجوز لوكيل في البيع ، البيع من نفسه ، في إحدى الروايتين ، وان وكل غريباً له في ابراء نفسه صح لانه وكله في اسقاط حق عن نفسه فأشبهه توكيل العبد في اعتاق نفسه ، وان وكله في ابراء غرمائه لم يكن له أن يبريء نفسه كما لو وكله في حبس غرمائه لم يملك حبس نفسه ، ولو وكله في خصومتهم لم يكن وكيلاً في خصومة نفسه ويحتمل أن يملك ابراء نفسه لما ذكرنا من قبل ، وان وكل المضمون عنه في ابراء الضامن فأبرأه صح ولا يبرأ المضمون عنه ، وان وكل الضامن في ابراء المضمون عنه ، أو السكفيل في ابراء المكفول عنه فأبرأه صح وبريء الوكيل ببراءته ، لانه فرع عليه فاذا برى الاصل برى الفرع ببراءته

(فصل) وان وكله في اخراج صدقة على الساكنين وهو مسكين ، أو أوصى اليه بتفريق ثلثه على قوم هو منهم ، أو دفعه اليه مالا وامره بتفريقه على من يريد أو دفعه الى من شاء فالنصوص عن احمد انه لا يجوز له أن يأخذ منه شيئاً فان احمد قال اذا كان في يده مال للساكنين وأبواب البر وهو محتاج فلا يأكل منه شيئاً انما أمره بتنفيذه وذلك لان اطلاق لفظ الموكل ينصرف الى دفعه الى غيره ويحتمل أن يجوز له الاخذ اذا تناوله عموم اللفظ كالسائل التي تقدمت ولان المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه واللفظ متناول له فجاز له الاخذ كغيره ويحتمل الرجوع في ذلك الى قرآن الاحوال فغالبا على الظن فيه أنه أراد العموم فيه وفي غيره فله الاخذ منه وما غلب انه لم يرد فليس له الاخذ ، وما تساوى فيه الامر ان احتمل وجهين وهل له أن يعطيه لولده أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان (أولاهما) جوازه لدخولهم في عموم لفظه ووجود المعنى المقتضى لجواز الدفع اليهم فأما من تلزمه مؤوته غير هؤلاء فيجوز الدفع اليهم كما يجوز دفع صدقة التطوع اليهم .

ولنا أن في هذا غرراً عظيماً وخطراً كبيراً لانه يدخل فيه هبة ماله وطلاق لسانه واعتاق رقيقه وتزوج نساء كثير وتلزمه المهور الكثيرة والايمان العظيمة فيعظم الضرر

(مسئلة) (وان وكله في بيع ماله كله صح)

لانه يعرف ماله فيعرف أقصى ما يبيع فيقل الفرر وكذلك لو وكله في بيع ما شاء من ماله أو قبض دونه أو الابراء منها أو ما شاء منها صح لانه يعرف دينه فيعرف ما يقبض فيقل الفرر

(مسئلة) (وان قال اشتر لي ماشئت أو عبداً بما شئت لم يصح حتى يذكر الثوغ وقدر الثمن وعنه ما يدل على أنه يصح)

اذا قال اشتر لي ماشئت بما شئت لم يصح ذكره أبو الخطاب لان ما يمكن شراؤه يكثر فيكثر فيه الفرر وان قدر له اكثر الثمن وأقله صح لانه يقل الفرر وقال القاضي اذا ذكر النوع لم يحتج الى ذكر الثمن لانه أذن في أعلاه وعنه ما يدل على أنه يصح فانه قد روي عنه فيمن قال ما اشتريت من شيء فهو بيننا أن هذا جائز وأعجبه وهذا توكيل في شراء كل شيء ولانه اذن في التصرف فجاز من غير تعيين كالاذن في التجارة

٢٤٢ شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل . تصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخذه (المفني والشرح الكبير)

(مسئلة) قال (وشرأ الرجل لنفسه من مال ولده الصفل جائز وكذلك شرأؤه من نفسه)

يعني ان الاب يجوز أن يشتري لنفسه من مال ابنه الذي في حجره ويبيع ولده من مال نفسه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ومالك والاوزاعي وزادوا الجد فأباحوا له ذلك وقال زفر لا يجوز لأن حقوق العقد تتعلق بالعقد فلا يجوز أن يتعلق به حكان متضادان ولانه لا يجوز أن يكون موجبا وقابلا في عقد واحد كما لا يجوز أن يتزوج بنت عمه من نفسه

ولنا أن هذا يلي بنفسه فجاز ان يتولى طرفي العقد كالأب يزوج ابنته عبده الصغير والسيد يزوج عبده أمته ولا نسلم ما ذكره من تعلق حقوق العقد بالعقد لغيره فأما الجد فلا ولاية له على ابن ابنته على ما سند كره في موضعه فينزل منزلة الاجنبي ولان التهمة بين الاب وولده منتفية اذ من طبعه الشفقة عليه والميل له وترك حظ نفسه لحظه فلذلك جاز ، وفارق الجد والوصي والحاكم وأمينه فان التهمة غير منتفية في حقهم ، وأما تولى طرفي العقد فيجوز بدليل الاصل الذي ذكرناه ولا نسلم ما ذكره فيما اذا أراد أن يتزوج ابنة عمه بل يجوز بدليل أن عبد الرحمن بن عوف قال لابنة قارظ : أتجملين أمرك الي؟ قالت نعم قال قد تزوجتك ولئن سلمنا فلأن التهمة غير منتفية ثم

(مسئلة) قال (وما فعل الوكيل بعد فسح الموكل أو موته فباطل)

وجملته . أن الوكالة عقد جائز من الطرفين فللموكل عزل وكيله متى شاء وللوكيل عزل نفسه لانه أذن في التصرف فكان لكل واحد منهما ابطاله كما لو أذن في أكل طعامه ؛ وتبطل أيضا بدوت أحدهما أيهما كان وجنونه المطبق ولا خلاف في هذا كله فيما نعلم فتى تصرف الوكيل بعد فسح الموكل أو موته فهو باطل اذا علم ذلك فان لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فمن أحمد فيه ررايتان وللشافعي فيه قولان وظاهر كلام الحرفي هذا أنه ينزل علم أو لم يعلم ، ومتى تصرف فبان ان تصرفه بعد عزله

(فصل) وقد ذكرنا أنه اذا قال بع ما شئت من مالي أنه يصح وقال أصحاب الشافعي اذا قال بع

ما شئت من مالي لم يحز وان قال بع ما شئت من عبيدي جاز لانه محصور بالجنس

ولنا أن ما جاز التوكيل في جميعه جاز التوكيل في بعضه وان قال اشتر لي عبداً تركبا أو ثوبا صروباً صح وكذلك ان قال اشتر لي عبداً أو ثوباً ولم يذكر جنسه صح أيضاً وقال أبو الخطاب لا يصح وهو مذهب الشافعي لانه مجهول

ولنا أنه ذكر نوعاً فقد أذن في أعلاه ثمنا فيقل الفرر ولان تقدير الثمن يضربه فانه قد لا يجذب قدر الثمن ومن اعتبر ذكر الثمن جوز أن يذكر له أكثر الثمن وأقله وقد ذكرناه

(مسئلة) (وإن وكله في الخصومة لم يكن وكيلاً في القبض) وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة

يملك قبضه لان المقصود من التثبت قبضه أو تحصيله

أو موت موكله فتصرفه باطل لانه رفع عقد لا يقتدر الى رضا صاحبه فلا يقتدر الى علمه كالطلاق والعتاق والرواية الثانية عن أحمد لا ينزل قبل علمه بموت الموكل وعزله لص عليه في رواية جعفر بن محمد لانه لو انزل قبل علمه كان فيه ضرر لانه قد يتصرف تصرفات فتقع باطله وربما باع الجارية فيطؤها المشتري أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشتري ويحب ضمانه ويتضرر المشتري والوكيل ولانه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع في حق المأمور قبل علمه كالفسخ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه، وعن أبي حنيفة أنه إن عزله الموكل فلا ينزل قبل علمه لما ذكرنا وإن عزل الوكيل نفسه لم ينزل إلا بحضرة الموكل لانه متصرف بأمر الموكل فلا يصح رد أمره بغير حضرته كالودع في رد الوديعة.

ولنا ما تقدم فاما الفسخ ففيه وجهان كالروايتين ثم هما فقران فان أمر الشارع يتضمن المصيبة بتركه ولا يكون عاصيا من غير علمه وهذا يتضمن العزل عنه ابطال التصرف فلا يمنع منه عدم العلم (فصل) ومتى خرج أحدهما عن كونه من أهل التصرف مثل أن يجن أو يحجر عليه لسفه فحكم حكم الموت لانه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهة قال أحمد في الشركة اذا وسوس أحدهما فهو مثل العزل، وان حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لانه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف، وان حجر على الموكل وكانت الوكالة في أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه في أعيان ماله وان كانت في الخصومة أو الشراء في لزمة أو الطلاق أو الخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لان الموكل أهل لذلك وله ان يستنيب فيه ابتداء فلا تقطع الاستداه وان فسق الوكيل لم ينزل لانه من أهل التصرف الا أن تكون الوكالة فيما ينفيه الفسق

ولنا أن القبض لم يتناوله الاذن نطقا ولا عرفاً لانه قد يرضى للخصومة من لا يرضاه للقبض (فصل) اذا وكله في الخصومة لم يقبل إقراره على الموكل بقبض الحق ولا غيره وبه قال مالك والشافعي وابن أبي ليلى وقال أبو حنيفة ومحمد يقبل إقراره في مجلس الحكم فيما عدا الحدود والقصاص وقال أبو يوسف يقبل إقراره في مجلس الحكم وغيره لان الإقرار أحد جوابي المدعي فملكه كالانكار ولنا ان الإقرار يقطع الخصومة وينافيها فلم يملك الوكيل الإقرار فيها كالأبراء وفارق الإنكار فانه لا يقطع الخصومة ويملكه في الحدود والقصاص وفي غير مجلس الحكم ولان الوكيل لا يملك الإنكار على وجه يمنع الموكل من الإقرار فلو ملك الإقرار لامتنع على الموكل الإنكار فافترقا ولا يملك المصالحاة على الحق ولا الأبراء منه بغير خلاف نعلمه الا ان الاذن في الخصومة لا يقتضي شيئا من ذلك

(مسألة) (وان وكله في القبض كان وكيله في الخصومة في أحد الوجهين)

وقال أبو حنيفة والآخر ليس له ذلك وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانها معنيان مختلفان فالوكيل في أحدهما لا يكون وكيله في الآخر لانه لم يتساوله اللفظ

كلايجاب في عقد النكاح فانه ينزل بفسقه أو فسق موكله بخروجه عن أهلية التصرف فان كان وكيلًا في القبول للموكل أم ينزل بفسق موكله لانه لا ينافي جواز قبوله وهل ينزل بفسق نفسه فيه وجهان وان كان وكيلًا فيها تشترط فيه الامانة كوكيل ولي اليتيم وولي الوقف على المساكين ونحو هذا انزل بفسقه وفسق موكله بخروجها بذلك عن أهلية التصرف وان كان وكيلًا لوكيل من يتصرف في مال نفسه انزل بفسقه لان الوكيل ليس له توكيل فاسق ولا ينزل بفسق موكله لان موكله وكيل لرب المال ولا ينافيه الفسق ولا تبطل الوكالة بالنوم والسكر والاعماء لان ذلك لا يخرججه عن أهلية اذ صرف ولا تثبت عليه ولاية الا ان يحصل الفسق بالسكر فيكون فيه من التفصيل ما اسلفناه

(فصل) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيما وكل فيه مثل ان يلبس الثوب ويركب الدابة وهذا احد الوجهين لاصحاب الشافعي والوجه الثاني تبطل الوكالة لانها عقد امانة فتبطل بالتعدي كالوديعة

ولنا انه اذا تصرف فقد تصرف باذن موكله فصح كالم يعمد، ويفارق الوديعة من جهة انها امانة مجردة فنافاها التعدي والخيانة والوكالة اذن في التصرف تضمنت الامانة فاذا انتفت الامانة بالتعدي بقي الاذن بحاله، فعلى هذا لو وكله في بيع ثوب فابسه صار ضامنا فاذا باعه صح بيعه وبرىء من ضمانه لدخوله في ملك المشتري وضمانه فاذا قبض الثمن كان امانة في يده غير مضمون عليه لانه قبضه باذن الموكل ولم يتعديه ولودفع اليه مالا ووكله في شراء شيء فتعدي في الثمن صار ضامنا له فاذا اشترى به وسلمه زال الضمان وقبضه للبيع قبض امانة وان وجد بالمبيع عيبا فرد عليه أو وجد هو بما اشترى عيبا فرد وقبض الثمن كان مضمونا عليه لان المقدار مزيل للضمان زال فعاد ما زال عنه

ووجه الاول انه لا يتوصل الى القبض إلا بالتثبيت فكان أذنا فيه عرفا ولان القبض لا يتم إلا به فملكه كما لو وكل في شراء شيء ملك تسليم ثمنه أو في بيع شيء ملك تسليمه ويحتمل انه ان كان الموكل عالما بمجحد من عليه الحق أو مظهله كان توكيلا في تثبيته والخصومة فيه لعله بوقوف القبض عليه ولا فرق بين كون الحق عينا أو دينا وقال بعض أصحاب أبي حنيفة ان وكل في بيع عين لم يملك تثبيتها لانه وكيل في نقلها أشبه الوكيل في نقل الزوجة. ولنا انه وكيل في قبض حق أشبه الوكيل في قبض الدين وبه يبطل ما ذكروه فانه توكيل في قبضه ونقله اليه

(مسألة) (وان وكل في قبض الحق من انسان لم يكن له القبض من وارثه وان قال اقبض

حقني الذي قبله فله القبض من وارثه)

اذا وكله في قبض دين من رجل فمات نظرت في لفظه فان قال اقبض حقني من فلان لم يكن له قبضه من وارثه لانه لم يؤمر بذلك ولا يقتضيه العرف لانه قد يرى بقاء الحق عندهم دونه وان قال اقبض حقني الذي قبله أو عليه فله مطالبة وارثه والقبض منه لان قبضه من الوارث قبض الحق الذي

(فصل) وان وكل امرأته في بيع أو شراء أو غيره ثم طلقها لم تفسخ الوكالة لان زوال النكاح لا يمنع ابتداء الوكالة فلا يقطع استدامتها وان وكل عبده ثم اعتقه أو باعه لم ينزل لذلك ، ويحتمل أن ينزل لان توكيل عبده ليس بتوكيل في الحقيقة إنما هو استخدام بحق الملك فيبطل بزوال الملك فإذا باعه فقد صار الى ملك من لم يأذن في توكيله وثبوت ملك غيره فيه يمنع ابتداء توكيله به . يبرأذنه فيقطع استدامته وهكذا الوجهان فيما اذا وكل عبد غيره ثم باعه ، والصحيح أن الوكالة لا تبطل لان سيد العبد أذن له في بيع ماله والعق لا يبطل الاذن وهكذا ان باعه الا أن المشتري ان رضي ببقائه على الوكالة بقي وأن لم يرض بذلك بطلت الوكالة ، وان وكل عبد غيره فاعتقه لم تبطل الوكالة وجها واحدا لان هذا توكيل حقيقة والعق غير مناف له وان اشتراه الموكل منه لم تبطل الوكالة لان ملكه له لا ينافي أذنه له في البيع أو الشراء

(فصل) وان وكل مسلم كافراً فيما يصح تصرفه فيه صح توكيله سواء كان ذمياً أو مستأئماً أو حريباً أو مرتداً لان العدالة غير مشترطة فيه وكذلك الدين كالبيع وان وكل مسلماً فازد لم تبطل الوكالة سواء لحق بدار الحرب أو أقام وقال أبو حنيفة ان لحق بدار الحرب بطلت وكالته لانه صار منهم ولنا أنه يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته كما لو لم يلحق بدار الحرب ولان الرد لا يمنع ابتداء وكالته فلم يمنع استدامتها كسائر الكفر ، وان ارتد الموكل لم تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه فأما الوكيل في ماله فينبني على تصرفه نفسه فان قلنا يصح تصرفه لم يبطل توكيله وان قلنا هو موقوف فوكالته موقوفة وان قلنا يبطل تصرفه بطل توكيله وان وكل في حال ردته ففيه الوجوه الثلاثة أيضاً

على موروثه ، فان قيل فلو قال قبض حقي من زيد فوكل زيد انساناً في الدفع اليه كان له القبض والوارث نائب الموروث فهو كالوكيل ، قلنا الوكيل اذا دفع عنه باذنه جرى مجرى تسليمه لانه أقامه مقام نفسه وليس كذلك هنا فان الحق انتقل الى الورثة واستحقت المطالبة عليهم لا بطريق النيابة عن الموروث ولهذا لو حلف لا يفعل شيئاً حث بفعله وكيه دون وارثه

== (مسئلة) (وان وكله في قبضه اليوم لم يكن له قبضه غداً) لأنه قد يختص غرضه به في زمن حاجته اليه

(مسئلة) (وان وكله في الايداع فأودع ولم يشهد لم يضمن إذا أنكر المودع)

كذلك ذكره أصحابنا وعموم كلام الحنفي يقتضي أن لا يقبل قوله على الآخر وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الودعة لا تثبت إلا بينة فهو كما لو وكله في قضاء الدين وقال أصحابنا لا يصح القياس لان قول المودع يقبل في الرد والهلاك فلا فائدة في الاستيناق بخلاف قضاء الدين ، فان قال الوكيل دفعت المال لي المودع فقال لم تدفعه فاقول قول الوكيل لانها اختلفا في تصرفه فيما وكل فيه فكان القول بقوله فيه

(فصل) ولو وكل رجلاً في نقل امرأته أو بيع عبده أو قبض داره من فلان فقامت البيعة بطلاق الزوجة وعتق العبد وانتقال الدار عن الموكل بطلت الوكالة لأنه زال تصرف الموكل فزالت وكالته (فصل) وإن تلفت العين التي وكل في التصرف فيها بطلت الوكالة لأن محلها ذهب فذهبت الوكالة كما لو وكله في بيع عبد فمات ولو دفع إليه ديناراً ووكله في الشراء به فهلك الدينار أو ضاع أو استقرضه الوكيل وتصرف فيه بطلت الوكالة سواء وكله في الشراء بعينه أو مطلقاً لأنه إن وكله في الشراء بعينه فقد استحال الشراء بعينه بعد تلفه فبطلت الوكالة، وإن وكله في الشراء مطلقاً ونقد الدينار بطلت أيضاً لأنه إنما وكله في الشراء به ومعناه أن ينقده ثمن ذلك المبيع أما قبل الشراء أو بعده وقد تعذر ذلك بتلفه ولأنه لو صح شراؤه للزم الموكل ثمن لم يلزمه ولا رضي بجزءه وإذا استقرضه الوكيل ثم عزل ديناراً عوضه واشترى به فهو كالمشتري له من غير إذن لأن الوكالة بطلت والدينار الذي عزله عوضاً لا يصير للموكل حتى يقبضه فإذا اشترى للموكل به شيئاً وقف على إجازة الموكل فإن أجازه صح ولزم الثمن والا لزم الوكيل وعنه يلزم الوكيل بكل حال وقال القاضي متى اشترى بعين ماله لغيره شيئاً فالشراء باطل لأنه لا يصح أن يشتري بعين ماله ما يملكه غيره وقال أصحاب الشافعي متى اشترى لغيره بماله نفسه شيئاً صح الشراء للوكيل سواء اشتراه بعين المال أو في الذمة لأنه اشترى له ماله يؤذن له في شرائه أشبه ما لو اشتراه في الذمة

(مسئلة) (وإن وكله في قضاء الدين ففضاء ولم يشهدوا نكر الغريم ضمن إلا أن يقضيه بحضرة الموكل)

إذا وكل رجلاً في قضاء دينه ودفع إليه مالا ليدفعه إليه فادعى الوكيل قضاء الدين ودفع المال إلى الغريم لم يقبل قوله على الغريم إلا ببينة لأنه ليس بأمينه فلم يقبل قوله عليه في ذلك كماله ادعاء الموكل فإذا حلف الغريم فله مطالبة الموكل لأن ذمته لا تبرأ بدفع المال إلى وكيله وهل للموكل الرجوع على وكيله؟ ينظر فإن كان قضاء بغير بينة فالموكل الرجوع عليه إذا قضاء في غيبته قال القاضي سواء صدقه أو كذبه وهذا قول الشافعي لأنه إذن في القضاء يبرأ به ولم يوجد عن أحمد لا يرجع عليه بشيء إلا أن يكون أمره بالشهاد فلم يفعل، فعلى هذه الرواية إن صدقه الموكل في الدفع لم يرجع عليه بشيء وإن كذبه فالقول قول الوكيل مع يمينه وهذا قول أبي حنيفة ووجه لأصحاب الشافعي لأنه ادعى فعل ما أمره به موكله فكان القول قوله كالأمره ببيع ثوبه فادعى يمينه، ووجه الأول أنه مفترط بترك الأشهاد فضمن كالمفترط في البيع بدون ثمن المثل، فإن قيل فلم يأمره بالأشهاد؟ قلنا لإطلاق الأمر بالقضاء يقتضي ذلك لأنه لا يثبت إلا به فيصير كأمره بالبيع والشراء يقتضي ذلك العرف لا العموم كذا ههنا وقياس القول الآخر يمكن القول بوجبه وأن قوله مقبول في القضاء وإنما لزمه الضمان لتفريطه لارد قوله وعلى هذا لو كان القضاء بحضرة الموكل

(فصل) نقل الاثر من أحمد في رجل كان له على آخر دراهم فقال له اذا أمكنك قضاءها فدفعها إلى فلان وغاب صاحب الحق ولم يوص إلى هذا الذي أذن له في القبض لكن جملة وكيله وتمكن من عليه الدين من القضاء فخاف إن دفعها إلى الوكيل أن يكون الموكل قد مات ويخاف التبعة من الورثة فقال لا يجزئني أن يدفع إليه لعله قد مات لكن يجمع بين الوكيل والورثة ويبرأ إليهما من ذلك هذا ذكره أحمد على طريق النظر للغريم خوفاً من التبعة من الورثة أن كان موروثهم قد مات فانزل وكيله وصار الحق لهم فيرجعون على الدافع إلى الوكيل فأما من طريق الحكم فالوكيل المطالبة وللآخر الدفع إليه فان أحمد قد نص في رواية حرب اذا وكله في الحد وغاب استوفاه الوكيل وهو أبلغ من هذا لكونه يدرأ بالشبهات لكن هذا احتياط حسن وتبرئة للغريم ظاهراً وباطناً وإزالة للبعة عنه وفي هذه الرواية دليل على أن الوكيل ينزل بموت الموكل وان لم يعلم بموته لانه اختار أن لا يدفع إلى الوكيل خوفاً من أن يكون الموكل قد مات وانتقل إلى الورثة ويجوز أن يكون اختار هذا لئلا يكون القاضي ممن يرى أن الوكيل ينزل بالموت فيحكم عليه بالزلزله وفيها دليل على جواز تراخي القبول عن الإيجاب لانه وكله في قبض الحق ولم يعلمه ولم يكن حاضراً فيقبل وفيها دليل على صحة التوكيل بغير لفظ التوكيل وقد نقل جعفر بن محمد في رجل قال لرجل بع ثوبي ليس شيء حتى يقول قد وكلتك وهذا سهو من الناقل وقد تقدم ذكر الدليل على جواز التوكيل بغير لفظ التوكيل وهو الذي نقله الجماعة

لم يضمن الوكيل لأن تركه الاحتياط والشهاد رضا منه بما فعل وكيله وكذلك لو أذن له في القضاء بغير إيجاب فلا ضمان عليه لأن صريح قوله يقدم على ما تقتضيه دلالة الحال وكذلك إن أشهد على القضاء عد ولا فأتوا أو غابوا فلا ضمان عليه لعدم تقريبه، وإن أشهد من يختلف في ثبوت الحق بشهادته كشاهد واحد أو رجلاً وامرأتين فهل يبرأ من الضمان يخرج على روايتين فان اختلف الوكيل والموكل فقال قضيت الدين بحضرتك فأنكر الموكل ذلك أو قال أذنت لي في قضائه بغير يئنه فأنكر الموكل أو قال أشهدت على القضاء شهوداً فأتوا فأنكر الموكل فالقول قوله لأن الأصل معه

(فصل) قال المصنف رحمه الله (والوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط) سواء كان يجعل أولاً لأنه أمين أشبه المودع ومتى اختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ أو مخالفته أمر موكله مثل أن يدعي أنك حملت على الدابة فوق طاقتها أو حملت عليها شيئاً لنفسك أو فرطت في حفظها أو لبست الثوب أو أمرتك برد المال فلم تفعل ونحو ذلك فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين وهذا بما يتعذر إقامة البينة عليه فلا يكلف ذلك كالمودع ولأنه منكراً لا يدعى عليه والقول قول المذكر، وكذلك إن ادعى الوكيل التلف فأنكر الموكل فالقول قول الوكيل مع يمينه لما ذكرنا وهكذا حكم من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة كالآب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر لأنه لو كلف ذلك مع تعذره لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع دعوى الحاجة إليها وذلك ضرر ووقال

﴿مسئلة﴾ قال (واذا وكله في طلاق زوجته فهو في يده حتى يفسخ أو يبطأ)

وجملة ذلك أن الوكالة اذا وقعت مطلقة غير مؤقتة ملك التصرف ابدا ما لم تنفسخ الوكالة وفسخ الوكالة أن يقول قد فسخت الوكالة أو أبطلتها أو نقضتها أو عزلتك أو صرفتك عنها وأزلتك عنها أو ينهاء عن فعل ما أمره به أو وكله فيه وما أشبه هذا من الالفاظ المقتضية عزله أو المؤدية معناه أو يعزل الوكيل نفسه أو يوجد ما يقتضي فسخها حكما على ما قد ذكرنا أو يزول ملكه عما قد وكله في التصرف فيه أو يوجد ما يدل على الرجوع عن الوكالة فاذا وكله في طلاق امرأته ثم وطئها انفسخت الوكالة لان ذلك يدل على رغبته فيها واختياره امساكها وكذلك ان وطئها بعد طلاقها طلاقا رجعيا كان ارجعها لها فاذا اقتضى رجعتها بعد طلاقها فلأن يقتضي استبقائها على نكاحها ومنع طلاقها أولى وان باشرها دون الفرج أو قبلها أو فعل بها ما يحرم على غير الزوج فهل تنفسخ الوكالة في الطلاق؟ يحتمل وجهين بناء على الخلاف في حصول الرجعة به وإن وكله في بيع عبد ثم أعنته أو باعه بيعاً صحيحاً أو كاتبه أو دبره انفسخت الوكالة لانه زوال ملكه لا يبقى له إذن في التصرف فيما لا يملكه وفي الكتابة والتدبير على احدى الروايتين لم يبق محلا للبيع ، وعلى الرواية الاخرى تصرفه فيه بذلك يدل على أنه قصد الرجوع عن بيعه وإن باعه بيعاً فاسداً لم تبطل الوكالة لان ملكه في العبد لم يزل ، ذكره ابن المنذر .

القاضي إلا أن يدعي تلفها بامر ظاهر كالخريق والنهب فعليه إقامة البينة على وجود هذا الامر في تلك التاحية ثم يكون القول قوله في تلفها به وهذا قول الشافعي لان وجود الامر الظاهر مما لا يخفى فلا يتمذر إقامة البينة عليه ومتى ثبت التاف في يده من غير تعديه إما لقبول قوله او باقرار موكله أو تبينه فلا ضمان عليه سواء تلف المتاع الذي أمر ببيعه أو باعه وقبض ثمنه فتلف الثمن سواء كان بجعل أو غيره لأنه نائب المالك في اليد والتصرف فالهلاك في يده كالهلاك في يد المالك وجرى مجرى المودع والمضارب وشبهها - فان تعدى أو فرط ضمن وكذلك سائر الامناء ولو باع الوكيل ساعة وقبض ثمنها فتاف في يده من غير تعد واستحق المبيع رجع المشتري بالثمن على الموكل دون الوكيل لأن المبيع له فالرجوع بالعهد عليه كما لو باع بنفسه

﴿مسئلة﴾ (وإن قال بعث الثوب وقبضت الثمن فالقول قوله) إذا اختلف الوكيل والموكل في التصرف فيقول الوكيل بعث الثوب وقبضت الثمن فيذكر الموكل ذلك أو يقول بعث ولم تقبض شيئاً فالقول قول الوكيل ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي لانه يملك البيع والقبض فقبل قوله فيهما كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها ويحتمل أن لا يقبل قوله وهذا أحد القولين لأصحاب الشافعي لانه يقر بحق لغيره على موكله فلم يقبل كما لو أقر بدين عليه فان وكله في شراء عبد فاشتراه واختلفا في قدر ما اشتراه به فقال اشتريته بألف قال بل بخمسائة فالقول قول الوكيل لما ذكرناه

(مسئلة) قال (ومن وكل في شراء شيء فاشترى غيره كان الاً مرغبراً في قبول الشراء فان لم يقبل لزم الوكيل الاً أن يكون اشتراه بعين المال فيبطل الشراء)

وجملته أن الوكيل في الشراء إذا خالف موكله فاشترى غير ما وكل في شرائه مثل أن يوكله في شراء عبد فيشتري جارية لم يخل من أن يكون اشتراه في ذمته أو بعين المال فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد ثمنه فالشراء صحيح ، لانه إنما اشترى بثلث في ذمته وليس ذلك ملـكاً لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقده على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كالأشترى بعين ماله

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو له غيره ، إذا ثبت هذا فمن أحمد روايتان (إحداهما) الشراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذن غيره فكان الشراء له كما لو لم ينو غيره (والرواية الثانية) يقف على اجازة الموكل فان أجاز له لزمه لانه اشترى له وقد أجاز له فله كما لو اشترى بأذنه ، وإن لم يحجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لانه لم يأذن في شرائه ولزم الوكيل لان الشراء صدر منه ولم يثبت لغيره فيثبت في حقه كما لو اشتراه لنفسه وهكذا الحكم في كل من اشترى شيئاً في ذمته لغيره بغير اذنه سواء كان وكيلاً للذي قصد الشراء له أو لم يكن وكيلاً ، فاما إن اشترى بعين المال مثلاً أن يقول بعني الجارية بهذه الدنانير أو باع مال غيره بغير اذنه فالصحيح من المذهب أن البيع باطل وهو مذهب الشافعي وفيه رواية أخرى أنه صحيح

وقال القاضي القول قول الموكل الاً أن يكون عين له الشراء بما ادعاه فقال اشترى عبداً بألف فادعى الوكيل أنه اشتراه بها فالقول قول الوكيل إذاً وإلاً فالقول قول الموكل لان من كان القول قوله في أصل شيء كان القول قوله في صفته وللشافعي قولان كهذين الوجهين ، وقال أبو حنيفة إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لانه غارم لكونه مطالباً بالثمن وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم فانه مطالبه برد ما زاد على خمسين .

ولنا أنهما اختلفا في تصرف الوكيل فكان القول قوله كما لو اختلفا في البيع ولانه وكيل في الشراء فكان القول قوله في قدر ثمن المشتري كالمضارب وكما لو قال له اشتر بألف عند القاضي

(مسئلة) (وان اختلفا في رده الى الموكل فالقول قوله ان كان متطوعاً وإن كان بجمل فعل وجهين) إذا اختلفا في الرد فادعاه الوكيل وأنكره الموكل فان كان بغير جمل فالقول قول الوكيل لانه قبض المال لنفع مالـه فكان القول قوله كالمودع وان كان بجمل ففيه وجهان (أحدهما) أن القول قوله كالاول (والثاني) لا يقبل قوله لانه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الرد كالمستعير وسواء اختلفا في رد العين أو رد ثمنها .

ويقف على اجازة المالك فان لم يحزه بطل وإن أجازته صح لحديث عروة بن الجعد انه باع ماله يؤذن له في بيعه فأقره عليه النبي ﷺ ودعا له ولانه تصرف له بخير فصح ووقف على الاجازة كالوصية بالزائد على الثلث ، ووجه الرواية الاولى انه عقد على مال من لم يأذن له في العقد فلم يصح كالمال الصبي المراهق ثم بلغ فأجازته ولان النبي ﷺ قال لحكيم بن حزام « لا تبع ما ليس عندك » يعني ماله مملك ، وأما حديث عروة فانه يحتمل انه كان وكيلاً مطلقاً بدليل أنه باع وسلم المبيع وأخذ ثمنه وليس ذلك جائزاً لمن لم يؤذن له فيه اتفاقاً ومتى حكماً بطلان البيع فاعترف له العاقد معه ببطلان البيع أو ثبت ذلك بينة فعليه رد ما أخذه ، وإن لم يعترف بذلك ولا قامت به بينة حلف العاقد ولم يلزمه رد شيء لان الاصل ان تصرف الانسان لنفسه فلا يصدق على غيره فيما يبطل عقده وإن ادعى البائع أنه باع مال غيره بغير اذنه فالقول قول المشتري لما ذكرناه ، ولو قال المشتري إنك بعت مال غيرك بغير اذنه فأنكر البائع ذلك وقال بل بعت ملكي أو قال بعت مال موالي باذنه فالقول قوله أيضاً ، وإن انفق ابائعه والمشتري على ما يبطل البيع وقال الموكل بل البيع صحيح فالقول قوله مع يمينه ولا يلزمه رد ما أخذه من العوض .

(فصل) وإن وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير اذنه فالعقد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة النكاح ذكر الزوج فاذا كان

(مسئلة) (وكذلك يخرج في الاجير والمرتهن)

وجملة ذلك ان الامناء على ضربين (أحدهما) من قبض المال لنفع مالكة لا غير كالودع والوكيل بغير جعل فيقبل قولهم في الرد لانه لو لم يقبل قولهم لا تمتع الناس من قبول هذه الامانة فيلحق الناس الضرر (الثاني) ينتفع بقبض الامانة كالوكيل بجعل والمضارب والاجير المشترك والمستأجر والمرتهن ففيهم وجهان ذكرهما أبو الخطاب (أحدهما) لا يقبل قول المرتهن والمضارب في الرد لان احد نص عليه في المضارب في رواية ابن منصور ولان من قبض المال لنفع نفسه لا يقبل قوله في الرد كالمستعير ولو أنكر الوكيل قبض المال ثم ثبت ذلك بينة أو اعترف فادعى الرد أو التلف لم يقبل قوله لان جنايته قد ثبتت بمجده ، فان أقام بينة بما ادعاه من الرد أو التلف لم تقبل بينته في أحد الوجهين لانه كذبها بمجده فان قوله قبضت يتضمن أنه لم يرد شيئاً (والثاني) يقبل لانه يدعي الرد والتلف قبل وجود حياته فان كان وجوده انك لا تستحق علي شيئاً أو مالك عندي شيء سمع قوله مع يمينه لان جوابه لا يكذب ذلك فانه إذا كان قد تلف أي رد فليس له عنده شيء فلا تنافي بين القولين الا أن يدعي انه رده أو تلف بعد قوله مالك عندي شيء فلا يسمع قوله لثبوت كذبه وخيائته

(مسئلة) (فان قال أذنت لي في البيع نسيئة وفي الشراء بخمسة فأنكره فلي وجين)

وجملة ذلك أنها متى اختلفا في صفة الوكالة فقال وكلتك في بيع هذا العبد قال بل في بيع هذه الجارية أو قال

بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود اعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له فافترقا ، والرواية الثانية يصح الذكاح ويقف على اجازة المتزوج له فان أجازته صح وإلا بطل وهذا مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي إذا قال لرجل اشتر لي بدينى عليك طعاماً لم يصح ولو قال تسلف لي ألفاً من مالك في كرم طعام ففعل لم يصح لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بئاه ما يملكه غيره ، وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال تسلف لي ألفاً في كرم طعام وافض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي لي عليك صح لانه إذا اشترى في الذمة حصل الشراء للموكل والثمن عليه فاذا قضا من الدين الذي عليه فقد دفع الدين إلى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وإن قضا من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه .

(فصل) ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله من جهة النطق أو من جهة العرف لان تصرفه بالاذن فاخص بما اذن فيه والاذن يعرف بالنطق نارة وبالعرف أخرى ، ولو وكل رجلاً في التصرف في زمن مقيد لم يملك التصرف قبله ولا بعده لانه لم يتناول له اذنه مطلقاً ولا عرفاً لانه قد يؤثر التصرف في زمن الحاجة اليه دون غيره ولهذا لما عين الله تعالى لعباده وقتاً لم يجز تقديمها عليه ولا تأخيرها عنه فلو قال له بيع ثوبي غدا لم يجز بيعه اليوم ولا بعد غد وان عين له المكان وكان يتعلق به غرض مثل أن يأمره ببيع ثوبه في سوق وكان ذلك السوق معروفاً بمجودة النقد أو كثرة الثمن أو حله أو بصلاح أهله أو بمودة بين الموكل وبينهم تقيداً لاذن به لانه قد

في بيعه نقد أو قال بل لسيئة أو قال وكنك في شراء عبد قال بل في شراء أمة أو قال بل وكنك في الشراء بعشرة قال بل بخمسة فقال القاضي في الجرد القول قول الموكل وهو قول أصحاب الرأي والشافعي وابن المنذر ، وقال أبو الخطاب إذا قال أذنت لك في البيع نقداً وفي الشراء بخمسة قال بل أذنت لي في البيع لئلا في الشراء بعشرة فالقول قول الوكيل نص عليه أحمد واختاره القاضي والتعليق الكبير في المضاربة لانه أمين في التصرف فكان القول قوله في صفته كالحياط إذا قال أذنت لي في تفصيله قباء قال بل قبيصاً وحكي عن مالك أن أدركت الساعة فالقول قول الموكل وان فاتت فالقول قول الوكيل لانها اذا فاتت لزم الوكيل الضمان والاصل عدمه بخلاف ما اذا كانت موجودة ، والقول الاول أصح لوجهين (أحدهما) أنهما اختلفا في التوكيل الذي يدعيه الموكل فكان القول قول من ينفيه كما لو لم يقر الموكل بتوكيله في غيره (والثاني) أنهما اختلفا في صفة قول الموكل فكان القول قوله في صفة كلامه كما لو اختلف الزوجان في صفة الطلاق ، فعلى هذا إذا قال اشتريت لك هذه الجارية بأذنك فقال ما اذنت الا في شراء غيرها أو قال اشتريتها لك بألفين فقال ما اذنت لك في شرائها الا بألف فالقول قول الموكل وعليه اليمين فاداً حلف برى من الشراء ، ثم لا يخلو إيمان يكون الشراء بعين المال أو في الذمة فان كان بعين المال فالبيع باطل ويرد الجارية على البائع ان اعترف بذلك وان كذبه في ان الشراء لغيره أو بمال غيره بغير إذنه فالقول قول البائع لان الظاهر ان ما في يد الانسان له فان ادعى الوكيل علمه بذلك حلف أنه

نص على أمره فيه غرض فلم يحجز تقويته وان كان هو وغيره سواء في الغرض لم يتقيد الاذن به وجاز له البيع في غيره لمساواته المنصوص عليه في الغرض فكان تخصيصه على أحدهما إذنا في الآخر كالأستأجر أو استعار أرضا لزراعة شيء كان إذنا في زراعة مثله فمادونه ولو اشترى عقارا كان له أن يسكنه مثله ولو نذر صلاة أو اعتكافا في مسجد جاز الاعتكاف والصلاة في غيره، وسواء قدر له الثمن أو لم يقدره وان عين له المشتري فقال بعه فلانا لم يملك بيعه لغيره بغير خلاف علمناه سواء قدر له الثمن أو لم يقدره لانه قد يكون له غرض في ملكه إياه دون غيره الا أن يعلم الوكيل بقرينة أو صريح انه لا غرض له في عين المشتري

(فصل) وان وكله في عقد فاسد لم يملكه لان الله تعالى لم يأذن فيه لان الموكل لا يملكه قال الوكيل أولى ولا يملك الصحيح لان الموكل لم يأذن فيه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يملك الصحيح لانه اذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى . ولنا انه أذن له في محرم فلم يملك الحلال بهذا الاذن كالأذن في شراء خمر وخنزير لم يملك شراء الخيل والتمم

(فصل) وان وكله في بيع عبد أو حيوان أو عقار ونحوه أو شرائه لم يملك العقد على بعضه لان التوكيل تناول جميعه وفي التبعض اضرار بالموكل وتشقيص للملكه ولم يأذن فيه، وان وكله في بيع عبيد أو شرائهم ملك العقد عليهم جملة واحدة، واحدا واحدا لأن الاذن يتناول العقد عليهم جملة والعرف في بيعهم وشرائهم العقد

لا يعلم أنه اشتراه بمال موكله لانه يحلف على نفي فعل غيره فاذا حلف مضى البيع وعلى الوكيل غرامة الثمن لموكله ودفع الثمن الى البائع وتبقى الجارية في يده لا تحل له لانه إن كان صادقا فهي للموكل وان كان كاذبا فهي للبائع، فان أراد استحلالها اشتراها بمن هي له في الباطن فان امتنع من بيعه إياها دفع الامر إلى الحاكم ليرفق به لبيعها إياها ليثبت الملك له ظاهرا وباطنا ويصير ما ثبت له في ذمته مئنا قصاصا بالثمن الذي أخذ منه الآخر ظلما فان امتنع الآخر من البيع لم يجبر عليه لانه عقد مراضة، فان قال له ان كانت الجارية لي فقد بتمكها أو قال الموكل ان كنت أذنت لك في شرائها بألفين فقد بتمكها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح وهو قول القاضي وبعض الشافعية لانه بيع معلق على شرط (والثاني) يصح لان هذا أمر واقع يعلمان وجوده فلا يصح جعله شرطا كما لو قال ان كانت هذه الجارية جارية فقد بتمكها وكذلك كل شرط علما وجوده فانه لا يوجب وقوف البيع ولا شكافيه، وان كان الوكيل اشترى في الذمة ثم نقد الثمن صح الشراء ولزم الوكيل في الظاهر فأما في الباطن فان كان كاذبا في دعواه فالجارية لموكله فاذا أراد احلالها توصل الى شرائها منه كما ذكرنا وكل موضع كانت للموكل في الباطن وامتنع من بيعها للوكيل فقد حصلت في يد الوكيل وهي للموكل وفي ذمته ثمنها في الوكيل فأقرب الوجوه ان يأذن للحاكم في بيعها وتوفية حقه من ثمنها فان كانت للوكيل فقد بيعت بأذنه وإن كانت للموكل فقد باعها الحاكم في إيفاء دين الدين من وفاته وقد قيل غير ما ذكرنا وهذا أقرب إن شاء الله تعالى

على واحد واحد ولا ضرر في جمعهم ولا افرادهم وإن قال اشترى عبداً صفقة واحدة أو واحداً واحداً أو بهم لم تجز مخالفته لان تنصيبه على ذلك يدل على غرضه فيه فلم يتناول اذنه سواء، وإن قال اشترى عبيدين صفقة فاشترى عبيدين لاثنين مشتركين بينهما من وكيلهما أو من أحدهما باذن الآخر جاز وإن كان لكل واحد منهما عبد مفرد فاشترى من المالكين بأن أوجبا له البيع فيهما وقبل ذلك منهما بالفظ واحد فقال القاضي لا يلزم الموكل وهو مذهب الشافعي لان عقد الواحد مع الاثنين عقدان ويحتمل أن يلزمه لان القبول هو الشراء وهو متحد والغرض لا يختلف، وإن اشترى من وكيلهما وعين ثمن كل واحد منهما مثل أن يقول بعثك هذين العبيدين هذا بمائة وهذا بمائتين فقال قبلت أحتمل أيضاً وجهين وإن لم يعين ثمن كل واحد منهما لم يصح البيع في أحد الوجهين لان ثمن كل واحد منهما مجهول، ويحتمل أن يصح ويقسط الثمن على قدر قيمتهما

(فصل) فإن دفع اليه دراهم وقال اشتر لي بهذه عبداً كان له أن يشتريه بينهما وفي الذمة لان الشراء يقع على هذين الوجهين فإذا أطلق الوكالة كان له فعل ما شاء منهما وإن قال اشتر بينهما فاشترى في ذمته ثم نقدها لم يلزم الموكل لانه إذا تمين الثمن انفسخ العقد بتلفه أو كونه مفصوباً ولم يلزمه ثمن في ذمته وهذا غرض للموكل فلم تجز مخالفته، ويقع الشراء للوكيل وهل يقف على اجازة الموكل؟ على روايتين وإن قال اشترى في ذمته وانقد هذه الدراهم ثمناً فاشترى بينهما فقال أحما بنا يلزم الموكل لانه أذن له في عقد يلزمه به الثمن مع بقاء الدراهم وتلفها فكان إذناً في عبد لا يلزمه الثمن الا مع بقائها ويحتمل أن لا يصح لانه قد

وإن اشترى الوكيل من الحاكم بماله على الموكل جاز لانه قائم مقام الموكل في ذلك أشبه ما لو اشترى منه (فصل) ولو وكله في بيع عبد فباعه نسيئة فقال الموكل ما أذنت في بيعه الا نقداً فصدقه الوكيل والمشتري فسد البيع وله مطالبة من شاء منهما بالعبد إن كان باقياً وبقيمته إن تلف فإن أخذ القيمة من الوكيل رجع على المشتري بها لان التلف في يده فاستقر الضمان عليه وإن أخذه من المشتري لم يرجع بالضمان على أحد، وإن كذباؤه وادعيا أنه أذن في البيع نسيئة فعلى قول القاضي يحلف الموكل ويرجع في العين إن كانت قائمة وإن كانت تالفة رجع المشتري على الوكيل بالثمن الذي أخذه منه لانه لم يسلم له الثمن وإن ضمن الوكيل لم يرجع على المشتري في الحال لانه يقر بصحة البيع وتأجيل الثمن وإن البائع ظلمه بالرجوع عليه وأنه إنما يستحق المطالبة بالثمن بعد الاجل فإذا حل الاجل رجع الوكيل على المشتري بأقل الامر من القيمة أو الثمن المسمى لان القيمة ان كانت أقل فما غرم أكثر منها فلم يرجع بأكثر مما غرم وإن كان الثمن أقل فالوكيل معترف للمشتري أنه لا يستحق عليه أكثر منه وإن الموكل ظلمه بأخذ الزائد على الثمن فلا يرجع على المشتري بما ظلم به الموكل وإن كذبه أحد هما دون الآخر فله الرجوع على المصدق بغير يمين ويحلف على المكذب ويرجع على حسب ما ذكرناه هذا إن اعترف المشتري بالوكالة وإن أنكر ذلك وقال أنا بعثي ما لك فالقول قوله مع يمينه أنه لا يعلم كونه وكبلاً ولا يرجع عليه بشيء .

يكون له غرض في الشراء بغير عينها لكونها فيها شبهة لا يجب أن يشتري بها أو يجب وقوع العقد على وجه لا يفسخ بثلثها ولا يبطل بتحريمها وهذا غرض صحيح فلا يجوز تقويته عليه كالم يحز تقويت غرضه في الصورة الاولى ومذهب الشافعي في هذا كله كنهو ما ذكرناه

(فصل) وان عين له الشراء بنقد أو حالا لم تحز مخالفته وان أذن له في النسيئة والبيع بأي نقد شاء جاز وان أطلق لم يبيع إلا حالا بنقد البلد الاصل في البيع الحلول واطلاق النقد ينصرف الى نقد البلد ولهذا لو باع عبده بمشرة دراهم وأطلق حمل على الحلول بنقد البلد وان كان في البلد نقد باع باغلبهما فان تساوى باع بما شاء منهما وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وصاحبه له البيع نساء لانه معتاد فاشبهه الحال ويتخرج لتامثل ذلك بناء على الرواية في المضارب وقد ذكرنا هار الاول أولى لانه لو أطلق البيع حمل على الحلول فكذلك اذا أطلق الوكالة فيه، ولا نسلم تساوي العادة فيهما فان بيع الحال أكثر، وبفارق المضاربة لو جهين (أحدهما) ان المقصود من المضاربة الربح لادفع الحاجة بالثمن في الحال وقد يكون المقصود في الوكالة دفع حاجة ناجزة تفوت بتأخير الثمن (والثاني) ان استيفاء الثمن في المضاربة على المضارب فيعود ضرر التأخير في التقاضي عليه وههنا بخلافه فلا يرضى به الموكل ولان الضرر في توى الثمن على المضارب لانه يحسب من الربح لكون الربح وقاية لرأس المال وههنا يعود على الموكل فانقطع الاالحاق

(فصل) إذا وكله في بيع سلعة نسيئة فباعها نقداً بدون ثمنها نسيئة أو بدون ما عينه له لم ينفذ بيعه لانه مخالف لموكله لانه رضي بثمن النسيئة دون النقد، وان باعها نقداً بما تساوي نسيئة أو عين له

(فصل) اذا قبض الوكيل ثمن المبيع فهو امانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه ولا يضمنه بتأخيره لانه رضي بكونه في يده فان طلبه فأخر رده مع امكانه فلتلف ضمانه وإن وعده رده ثم ادعى إلى كنت رددته قبل طلبه أو انه كان تلف لم يقبل قوله لانه مكذب لنفسه بوعده رده فان صدقه الموكل برى فان كذبه فالتقول قول الموكل فان أقام بينة بذلك قبلت في أحد الوجهين لانه يبرأ بتصديق الموكل فكذلك اذا قامت له بينة لان البينة لإحدى الحجتين فبرى بها كالاقرار واثنان لا يقبل لانه كذبها بوعده بالدفع بخلافه، إذا صدقه لانه أقر ببراءته فلم يبق له منازع، وإن لم يعده برده لكن منعه أو مطله مع امكانه ثم ادعى الرد أو اتلف لم يقبل قوله الا ببينة لانه صار بالمنع خارجاً عن حال الامانة وتسمع بينته لانه لم يكذبها

(مسئلة) (وان قال اذنت لي ان اتزوج لك فلانة ففعلت وصدقته المرأة فأنكر قالقول قول

المنكر بغير يمين وهل يلزم الوكيل نصف الصداق ؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن الوكيل والموكل اذا اختلفا في أصل الوكالة فقالا وكلتني فأنكر الموكل قالقول قوله لان الاصل عدم الوكالة ولم يثبت أنه أمينه فيقبل قوله عليه ولو قال وكلتك ودفعت اليك مالا فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال اليه قالقول قوله لذلك ولو قال رجل

ثمها فباعها به نقداً فقال القاضي يصح لانه زاده خيراً فكان مأذوناً فيه عرفاً فأشبهه مالو وكله في بيعها بشرة فباعها بأكثر منها ويحتمل أن ينظر فيه فان لم يكن له غرض في النسيئة صح وإن كان فيها غرض نحو ان يكون الثمن مما يستضر بحفظه في الحال أو يخاف عليه من التلف أو المتغلبين أو يتغير عن حاله الى وقت الحلول فهو كمن لم يؤذن له لان حكم الحلول لا يتناول المسكوت عنه إلا إذا علم أنه في المصلحة كالمنطوق أو أكثر فيكون الحكم فيه ثابتاً بطريق التنبية أو المائلة ومتى كان في المنطوق به غرض مختص به لم يحز تفويته ولا ثبوت الحكم في غيره وقد ذكر القاضي نحو هذا في موضع آخر

(فصل) وإن وكله في الشراء بثمن نقداً فاشتراه نسيئة بأكثر من ثمن النقد لم يقع للموكل، وإن اشتراه نسيئة بثمنه نقداً أو بما عينه له فهي كالتى قبلها ويصح للموكل في قول القاضي، وعلى ما ذكرنا ينظر في ذلك فان كان فيه ضرر نحو أن يستضر ببقاء الثمن معه ونحو ذلك لم يحز كقولنا في التى قبلها ولاصحاب الشافعي في صحة الشراء وجهان

(فصل) وليس له أن يبيع بدون ثمن المثل أو دون ما قدره له ولا يشتري بأكثر من ثمن المثل أو أكثر مما قدر له وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة إذا أطلق الوكالة في البيع فله البيع بأي ثمن كان لان لفظه في الاذن مطلق فيجب حمله على اطلاقه

ولنا انه توكيل مطلق في عقد معاوضة فاقتضى ثمن المثل كالشراء فانه وافق عليه وما ذكره ينتقض بالشراء فان باع بأقل من ثمن المثل أو اشترى بأكثر منه مما لا يتغابن الناس بمثله، أو باع بدون ما قدره له أو اشترى بأكثر منه فحكمه حكم من لم يؤذن له في البيع والشراء وهذا قول الشافعي،

لاخر وكنتي ان أتزوج لك فلانة ففعلت وادعت المرأة ذلك فأنكر الموكل فالقول قوله نص عليه أحمد فقال ان أقام البينة والا فلا يلزم الاخر عقد النكاح قال أحمد ولا يستحلف قال القاضي لان الوكيل يدعي حقاً لغيره، فأما ان ادعت المرأة فيبني أن يستحلف لأنها تدعي الصداق في ذمته فاذا حلف لم يلزمه الصداق ولم يلزم الوكيل منه شيء لان دعوى المرأة على الموكل وحقوق المقدلا تتعلق بالوكيل ونقل اسحاق بن ابراهيم عن أحمد أن الوكيل يلزمه نصف الصداق لان الوكيل في الشراء ضامن للثمن وللبائع مطالبته كذا هما ولانه فرط حيث لم يشهد على الزوج بالمقد والصداق والاول أولى لما ذكرناه، ويفارق الشراء لان الثمن مقصود البائع والمادة تسجيله وأخذه من المتولي للشراء والنكاح بخالفه في هذا كله، فان كان الوكيل ضمن المهر فلها الرجوع عليه بنصفه لانه ضمنه الموكل وهو مقر بأنه في ذمته وبهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف والشافعي وقال محمد بن الحسن يلزم الوكيل جميع الصداق لان الفرقة لم تقع بانكاره فيكون ثابتاً في الباطن فيجب جميعه

ولنا أنه يملك الطلاق فاذا أنكر فقد أقر بتحريمها عليه فصار بمنزلة ابقاعه لما تحرم به قال أحمد ولا يزوج المرأة حتى يطلق لعله يكون كاذباً في انكاره، وظاهر هذا تحريم نكاحها قبل طلاقها لاجلها

وعن أحمد أن البيع جائز دون الثمن ويضمن الوكيل النقص لأن من صح بيعه بثمن المثل صح بدونه كالمرضى ، فعلى هذه الرواية يكون البيع صحيحاً وعلى الوكيل ضمان النقص وفي قدره وجهان (أحدهما) ما بين ثمن المثل وما باعه به (والثاني) ما بين ما يتقايين الناس به وما لا يتقايين الناس به لأن ما يتقايين الناس به يصح بيعه به ولا ضمان عليه والاول أقيس لأنه لم يؤذن للوكيل في هذا البيع فأشبهه بيع الاجنبي ولو أذن له في البيع لم يكن عليه ضمان فأشبهه الشراء، وكل تصرف كان الوكيل مخالفاً فيه لموكله فحكه فيه حكم تصرف الاجنبي على ما ذكر في موضعه إن شاء الله، وأما ما يتقايين الناس به عادة فمغفو عنه اذا لم يكن الموكل قدر له الثمن لأن ما يتقايين الناس به يعد ثمن المثل ولا يمكن التحرز عنه، ولو حضر من يزيد على ثمن المثل لم يحجز أن يبيع بثمن المثل لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله وإن باع بثمن المثل فحضر من يزيد في مدة الخيار لم يلزمه فسخ العقد في الصحيح لأن الزيادة ممنوع منها منهى عنها فلا يلزم الرجوع اليها ولأن المزايد قد لا يثبت على الزيادة فلا يلزم الفسخ بالشك ويحتمل أن يلزمه ذلك لأنها زيادة في الثمن أمكن تحصيلها فأشبهه ما لو أجاز به قبل البيع وانتهى بتوجه إلى الذي زاد لا إلى الوكيل فأشبهه من جاءته الزيادة قبل البيع وبعد الاتفاق عليه .

(فصل) ومن وكل في بيع عبد بمائة فباعه بأكثر منها صح سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة لأنه باع بالمأذون فيه وزاد زيادة تنفعه ولا تضره وسواء كانت الزيادة من جنس الثمن المأمور به أو من غير جنسه مثل أن يأذن في بيعه بمائة درهم فيبيعه بمائة درهم ودينار أو ثوب وقال أصحاب الشافعي لا يصح بيعه بمائة وثوب في أحد الوجهين لأنه من غير جنس الاثمان

معتزة أنها زوجة له فيؤخذ باقرارها ، وانكاره ليس بطلاق، وهل يلزم الموكل طلاقها ؟ فيه احتمالان (أحدهما) لا يلزم لأنه لم يثبت في حقه نكاح ولو ثبت لم يكف الطلاق ويحتمل أن يلزمه لازالة الاحتمال وإزالة الضرر عنها بما لا ضرر عليه فيه فأشبهه النكاح الفاسد، ولو مات أحدهما لم يرثه الآخر لأنه لم يثبت صداقها فترث وهو ينكر أنها زوجته فلا يرثها، ولو ادعى أن فلانا الغائب وكيله في تزوج امرأة فزوجها له ثم مات الغائب لم ترثه المرأة الا بتصديق الورثة أو يثبت بينة ، وإن أقر الموكل بالتوكيل في الزواج وأنكر أن يكون زوج له فإن القول قول الوكيل فيه فيثبت الزواج ههنا وقال القاضي لا يثبت وهو قول أبي حنيفة لأنه لا تتم اقامة البينة عليه لكونه لا ينعقد الا بها وذكر أن أحمد نص عليه وأشار إلى نصه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة من أصلها

ولنا أنها اختلفا في فعل الوكيل ما أمره به فكان القول قوله كما لو وكله في بيع ثوب فادعى بيعه أو في شراء عبد بألف فادعى أنه اشتراه به وما ذكره القاضي من نص أحمد عليه فيما اذا أنكر الموكل الوكالة فليس بنص ههنا لاختلاف أحكام الصورتين وتباينهما فلا يكون النص في أحدهما نصاً في الآخر وما ذكره من المعنى لا أصل له فلا يعول عليه

ولنا أنها زيادة تنفعه ولا تضره أشبه ما لو باعه بمائة ودينار ولأن الأذن في بيعه بمائة أذن في بيعه بزيادة عليها عرفاً لأن من رضي بمائة لا يكره أن يزداد عليها ثوب ينفعه ولا يضره وإن باعه بمائة دينار أو تسعين درهماً وعشرة دنانير وأشبه ذلك أو بمائة ثوب أو بثمانين درهماً وعشرين ثوباً لم يصح ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لأنه خالف مركله في الجنس فأشبهه ما لو باعه بثوب يساوي أكثر من مائة درهم ويحتمل أن يصح فيما إذا جعل مكان الدرهم دنانير أو مكان بعضها لأنه مأذون فيه عرفاً فإن من رضي بدرهم رضي مكانه بدينار فجري مجرى بيعه بمائة درهم ودينار وأما الثياب فلا يصح بيعه بها لأنها من غير جنس الاثنان .

(فصل) وإن وكله في بيع عبد بمائة فباع نصفه بها أو وكله مطلقاً فباع نصفه بثمانين الكل جاز لأنه مأذون فيه من جهة العرف فإن من رضي مائة ثمناً للكل رضي بها ثمناً للنصف ولأنه حصل له المائة وأبقى له زيادة تنفعه ولا تضره وله يبيع النصف الآخر لأنه مأذون في بيعه فأشبهه ما لو باع العبد كله بمئتي ثمنه ويحتمل أن لا يجوز له بيعه لأنه قد حصل له موكل غرضه من الثمن يبيع نصفه فربما لا يؤثر بيع باقيه للغير عن بيعه بما حصل له من ثمن نصفه وهكذا القول في توكيله في بيع عشرين بمائة إذا باع أحدها بها صح وهل يكون له بيع العبد الآخر؟ على وجهين، أما إن وكله في بيع عبده بمائة فباع بعضه بأقل منها لم يصح وإن وكله مطلقاً فباع بعضه بأقل من ثمن الكل لم يجز وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يجوز فيما إذا أطلق الوكالة بناء على أصله في أن للوكيل المطلق اليمين بما شاء . ولنا أن على الموكل ضرراً في بيعه ولم يوجد الأذن فيه نطقاً ولا عرفاً فلم يجز كما لو وكله في شراء عبد فاشترى نصفه

(فصل) ولو غاب رجل فجاء رجل إلى امرأته فذكر أن زوجها طلقها وأبأنها ووكله في تجديد نكاحها بألف فأذنت في نكاحها فعد عليها وضمن الوكيل الألف ثم جاء زوجها وانكر هذا كله فالقول قوله والنكاح الأول بحاله وقياس ما ذكرناه أن المرأة إن صدقت الوكيل لزمه الألف إلا أن بينها زوجها قبل دخوله بها وحكي ذلك عن مالك وزفر وحكي عن أبي حنيفة والشافعي أنه لا يلزم الضامن شيء لأنه فرع على المضمون عنه والمضمون عنه لا يلزمه شيء فكذلك فرعه

ولنا أن الوكيل مقر بأن الحق في ذمة المضمون عنه وأنه ضامن عنه فلزمه ما اقرب به كما لو ادعى على رجل أنه ضمن ألفاً على أجنبي فأقر الضامن بالضمان وصحته وثبوت الحق في ذمة المضمون عنه وكما لو ادعى شفعة على إنسان في شقص اشتراه فأقر البائع وأنكر المشتري فإن الشفع يستحق الشفعة في أصح الوجهين فإن لم تدع المرأة صحة ما ذكره الوكيل فلا شيء عليه، ويحتمل أن من أسقط عنه الضمان أسقطه في هذه الصورة ومن أوجبه أوجبه في الصورة الأخرى فلا يكون بينهما اختلاف والله أعلم (مسئلة) (ويجوز التوكيل بجعل وبغيره) لأنه تصرف لغيره لا يلزمه فجاز أخذ الجمل عليه كرد الآبق

(فصل) وان وكله في شراء عبد بعينه بمائة فاشترى بخمسين أو بوا دون المائة صح ولزم الموكل لانه مأذون فيه من جهة العرف، وان قال لا تشتره بأقل من مائة خالفه لم يجوز لانه خالف نصه وصريح قوله مقدم على دلالة العرف فان قال اشتره بمائة ولا تشتره بخمسين جازله شراؤه بما فوق الخمسين لان اذنه في الشراء بمائة دل عرفا على الشراء بما دونها خرج منه المحسون بصريح النهي بقي فيما فوقها على مقتضى الاذن، وان اشترى بأقل من الخمسين ففيه وجهان (أحدهما) يجوز لذلك ولانه لم يخالف صريح نهيه أشبه ما زاد على الخمسين (والثاني) لا يجوز لانه نهى عن الخمسين استقلا لا لها فكان تنبيهها على النهي عما هو أقل منها كما أن الاذن في الشراء بمائة اذن فيما دونها فخرى ذلك مجرى صريح نهيه فان تنبيه الكلام كنصه وان قال اشتره بمائة دينار فاشترى بمائة درهم فالحكم فيه كما لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار على ماضى من القول فيه، ان قال اشترى نصفه بمائة فاشترى كله أو أكثر من نصفه بمائة جازلانه مأذون فيه عرفا وان قال اشترى نصفه بمائة ولا تشتره جميعه فاشترى أكثر من النصف وأقل من الكل بمائة صح في قياس المسئلة التي قبلها لكون دلالة العرف قاضية بالاذن في شراء كل ما زاد على النصف خرج الجسيم بصريح نهيه فقيما ما عداه يبقى على مقتضى الاذن

ويجوز بغيره بغير خلاف فاذا وكله بجعل فباع استحق الجعل قبل قبض الثمن لتحقق البيع قبل قبضه فان قال في التوكيل فاذا أسلمت إلي الثمن فلك كذا وقف استحقاقه على التسليم اليه لاشراطه لإياه ولو قال بع ثوبي بمشرة فزاد فلك صح نص عليه، وروي ذلك عن ابن عباس وهو قول ابن سيرين وإسحاق وكرهه النخعي وحماد وأبو حنيفة والثوري والشافعي وابن المنذر لانه أجر مجهول يحتمل الوجود ولنا ان عطاء روى عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا ان يعطي الرجل الرجل الثوب أو غيره فيقول بعه بكذا فما ازددت فهو لك ولا يعرف له في عصره مخالف فكان إجماعا لانواعين تنمي بالعمل عليها أشبه دفع ماله مضاربة. إذا ثبت ذلك فاذا باعه بزيادة فهي له لانه جعلها له وان باعه بما عينه فلا شيء له لانه جعل له الزيادة ولا زيادة فهو كالمضارب اذا لم يربح، وان باعه بنقص فمته لا يصح لمخالفته فان تعذر ضمن النقص وعنه يصح ويضمن النقص وقد ذكرنا ذلك وان باعه لسيئة لم يصح ولا يستحق الوكيل وان باعه بزيادة نص عليه أحمد في رواية الاثرم

(فصل) اذا وكله في شراء شيء فاشترى غيره مثل ان يوكله في شراء عبد فاشترى جارية فان كان الشراء بعين مال الموكل فالشراء باطل في أصح الروايتين وهو مذهب الشافعي وعن أحمد أنه يصح ويقف على إجازة المالك فان أجازته صح وإلا بطل وهو قول مالك وإسحاق وقد ذكرناه في كتاب البيع فان كان اشتراه في ذمته ثم نقد الثمن فالشراء صحيح لانه إنما اشترى بثمن في ذمته وليس ذلك ملكا لغيره وقال أصحاب الشافعي لا يصح في أحد الوجهين لانه عقد على أنه للموكل ولم يأذن فيه فلم يصح كما لو اشترى بعين ماله

(فصل) وان وكله في شراء عبد موصوف بمائة فاشترى على الصفة بدونها جازلانه مأذون فيه عرفا وان خالفه في الصفة أو اشترى بأكثر منها لم يلزم الموكل وان قال اشتر لي عبدا بمائة فاشترى عبدا يساوي مائة بدونها جازلانه لو اشترى بمائة جاز فاذا اشترى بدونها فقد زاده خيرا فيجوز وان كان لا يساوي مائة لم يجز وان كان يساوي أكثر مما اشترى به لانه خالف أمره ولم يحصل غرضه

(فصل) وان وكله في شراء شاة بدينار فاشترى شاتين تساوي كل واحدة منهما أقل من دينار لم يقع الموكل وان كانت كل واحدة منهما تساوي دينارا أو إحداها تساوي دينارا والاخرى أقل من دينار صح ولزم الموكل وهذا المشهور من مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والاخرى للوكيل لانه لم يرض إلا بالزامة عهدة شاة واحدة

ولنا أن النبي ﷺ أعطى عروة بن الجعد دينارا فقال «اشتر لنا به شاة» قال فأثبت الجلب فاشترى شاتين بدينار فجئت أسوقهما أو أقودهما فلقيني رجل بالطريق فساومني فبعت منه شاة بدينار فأثبت النبي صلى الله عليه وسلم بالدينار وبالشاة فقلت يا رسول الله هذا دينارك وهذه شاتكم قال «وصنعت كيف؟»

ولنا أنه لم يتصرف في ملك غيره فصح كما لو لم ينو له غيره إذا ثبت ذلك فروي عن أحمد روايتان (احداها) الثراء لازم للمشتري وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه اشترى في ذمته بغير إذنه فكان الثراء له كما لو لم ينو غيره (والثانية) يقف على إجازة الموكل ان أجازه لزمه وان لم يجزه لزم الوكيل لانه لا يجوز أن يلزم الموكل لسكونه لم ياذن في شرائه ولزم الوكيل لان الثراء صدر منه ولم يثبت لغيره ثبت في حقه كما لو اشترى لنفسه وهكذا ذكر الحرقى وهذا حكم كل من اشترى شيئا في ذمته لغيره بغير إذنه سواء كان وكىلا للذي قصد الثراء له أو لم يكن

(فصل) وان وكله في أن يتزوج له امرأة فتزوج له غيرها أو تزوج له بغير إذنه فالتعد فاسد بكل حال في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لان من شرط صحة عقد النكاح ذكر الزوج فاذا كان بغير إذنه لم يقع له ولا للوكيل لان المقصود أعيان الزوجين بخلاف البيع فانه يجوز أن يشتري له من غير تسمية المشتري له والثانية يصح النكاح ويقف على إجازة المزوج فان أجازه صح والا بطل وهو مذهب أبي حنيفة والقول فيه كالقول في البيع على ما تقدم

(فصل) قال القاضي اذا قال لرجل اشتر لي بدني عليك طعاما لم يصح ولو قال أسلف لي ألفا من مملكتك في كر طعام ففعل لم يصح أيضاً لانه لا يجوز أن يشتري الانسان بماله ما يملكه غيره وان قال اشتر لي في ذمتك أو قال أسلف لي ألفا في كر طعام واقض الثمن عني من مالك أو من الدين الذي عليك صح لانه اذا اشترى في الذمة حصل الثراء للموكل والثمن عليه فاذا قضاه من الدين الذي عليه فقد دفع الدين الى من أمره صاحب الدين بدفعه اليه وان قضاه من ماله عن دين السلف الذي عليه صار قرضاً عليه

فحدثته الحديث قال « اللهم بارك له في صفقة يمينه » ولأنه حصل له المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له كما لو قال له بعه دينار فباعه بدينارين وما ذكره يبطل بالبيع فإن باع الوكيل إحدى الشاتين بغير أمر الموكل ففيه وجهان (أحدهما) البيع باطل لأنه باع مال موكله بغير أمره فلم يحز كييع الشاتين (والثاني) أن كانت الباقية تساوي دينار جازاً لحديث عروة بن الجعد البارقى ولأنه حصل له المقصود والزيادة لو كانت غير الشاة جاز لحاز له إبدالها بغيرها وظاهر كلام أحمد صحة البيع لأنه أخذ بحديث عروة وذهب إليه، وإذا قلنا لا يجوز له بيع الشاة فباعها فهل يقع البيع باطلاً أو صحيحاً موقوفاً على إجازة الموكل؟ على روايتين، وهذا أصل لكل من تصرف في ملك غيره بغير إذنه ووكيل يخالف موكله هل يقع باطلاً أو يصح ويقف على إجازة المالك؟ فيه روايتان وللشافعي في صحة البيع هنا وجهان

(فصل) وإذا وكفه في شراء سلعة موصوفة لم يحز أن يشتريها الا سليمة لان اطلاق البيع يقتضي السلامة ولذلك جاز الرد بالمعيب، فإن اشترى معيباً لم يعلم عيبه لم يلزم الموكل لأنه اشترى غير ما أذن له فيه وإن لم يعلم عيبه صح البيع لأنه إنما يلزمه شراء الصحيح في الظاهر لعجزه عن التحرز

(فصل) قال أحمد في رواية أبي الحارث في رجل له على آخر دراهم فبعث إليه رسولا يقبضها فبعث إليه مع الرسول ديناراً فضعف مع الرسول فهو من مال البائع لأنه لم يأمره بمصارفته إنما كان من ضمان البائع لأنه دفع إلى الرسول غير ما أمره به المرسل لأن المرسل إنما أمره بقبض الدراهم ولم يدفعها إنما دفع ديناراً عوضاً عنه وهذا صرف يقتدر إلى إذن صاحب الدين ومصارفته به فإذا تلف في يد وكيله كان من ضمانه اللهم الا أن يخبر الرسول القريم أن رب الدين أذن له في قبض الدينار عن الدراهم فيكون من ضمان الرسول لأنه غره وأخذ الدينار على أنه وكيل للمرسل، وإن قبض الدراهم التي أمر بقبضها فضعف من الرسول بغير تقربط فهي من ضمان صاحب الدين، وقال أحمد في رواية مهنا في رجل له عند آخر دنائير وثياب فبعث إليه رسولا وقال خذ ديناراً أو ثوباً فأخذ دينارين وثوبين فضعف فالتزم على البائع يعني الذي أعطاه الدينارين والثوبين ويرجع به على الرسول يعني عليه ضمان الدينار والثوب الزائدين لإعاجيل عليه الضمان لأنه دفعهما إلى من لم يؤمر بدفعهما إليه ورجع بهما على الرسول لأنه غره وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه وللموكل تضمين الوكيل لأنه تعدى بقبض ما لم يؤمر بقبضه فإذا ضمنه لم يرجع على أحد لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه، وقال أحمد في رجل وكل وكيله في اقتضاء دينه وغاب فأخذ الوكيل به رهناً فتلّف الرهن في يد الوكيل فقال أساء الوكيل في أخذ الرهن ولا ضمان عليه إنما لم يضمنه لأنه رهن فاسد والقبض في المقد الفاسد كالقبض في المقد الصحيح فإذا كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده وما كان غير مضمون في صحيحه كان غير مضمون في فاسده، ونقل البغوي عن أحمد في رجل أعطي آخر دراهم لبشري له بها شاة فخلطها مع دراهمه فضاها فلا شيء عليه وإن

عن شراء معيب لا يعلم عيبه فإذا علم عيبه ملك رده لأنه قائم في الشراء مقام الموكل. وللموكل رده أيضا لأن الملك له فإن حضر قبل رد الوكيل ورضي بالعيب لم يكن للوكيل رده لأن الحق له بخلاف المضارب فإن له الرد وإن رضي رب المال لأن له حقا فلا يسقط برضى غيره، وإن لم يحضر فأراد الوكيل الرد فقال له البائع توقف حتى يحضر الموكل فربما رضي بالعيب لم يلزمه ذلك لأنه لا يأمن فوات الرد لمرب البائع وفوات الثمن يتلفه، وإن أخره بناء على هذا القول فلم يرض به الموكل لم يسقط رده وإن قلنا الرد على الفور لأنه أخره باذن البائع فيه وإن قال البائع موكلك قد علم العيب فرضيه لم يقبل قوله إلا بينة فإن لم يكن له بينة لم يستحلف الوكيل إلا أن يدعي علمه فيحلف على نفي العلم وهذا قال الشافعي، وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يستحلف لأنه لو حلف كان نائبا في اليمين وليس بصحيح فإنه لا نيابة هنا وإنما يحلف على نفي علمه وهذا لا ينوب فيه عن أحد، فإن رد الوكيل وحضر الموكل وقال قد بلغني العيب ورضيت به وصدقه البائع أو قامت به بينة لم يقم الرد وموقعه وكان للموكل استرجاعه وللبائع رده عليه لأن رضاه به عزل الوكيل عن الرد بدليل أنه لو علمه لم يكن له الرد إلا أن نقول إن الوكيل لا ينزل حتى يعلم العزل، وإن رضي الوكيل المعيب أو أمسكه أمسكا

ضاع أحدهما أبهما ضاع غرمه قال القاضي هذا محمول على أنه خلطها بما تميز منه ويحتمل أنه أذن له في خلطها أما أن خلطها بما لا تميز منه بغير إذنه ضمنها كالوديعة وإنما لزمه الضمان إذا ضاع أحدهما لأنه لا يعلم أن الضائع دراهم الموكل والأصل بقاؤها، ومعنى الضمان ههنا أنه يحسب الضائع من دراهم نفسه فأبما على المحمل الآخر وهو إذا خلطها بما تميز منه فإذا ضاعت دراهم الموكل وحدها فلا ضمان عليه لأنها ضاعت من غير تعد منه

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (فإن كان عليه حق لإنسان قادعى آخر أنه وكيل صاحبه في قبضه فصدقه لم يلزمه الدفع إليه إلا أن تقوم به بينة وإن لم تقم به بينة لم يلزمه الدفع إليه وإن صدقه) وبه قال الشافعي وسواء كان الحق في ذمته أو وديعة عنده وقال أبو حنيفة يلزمه وفاة الدين إن صدقه وفي الوديعة روايتان أشهرهما لا يجب تسليمها لأنه أقرله بحق الاستيفاء فلزمه إيفاءه كما لو أقر أنه وارثه ولنا أنه تسليم لا يرثه فلا يجب عليه كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر بأن هذا وصي الصغير وقارق الأقرار بكونه وارثه لأنه يتضمن براءته فإنه أقر بأنه لا حق لسواه

(مسئلة) (وإن كذبه لم يستحلف) وقال أبو حنيفة يستحلف وهذا مبني على الخلاف في وجوب الدفع مع التصديق فمن أوجب عليه ثم أوجب عليه اليمين مع التكذيب كسائر الحقوق ومن لم يوجب عليه الدفع مع التصديق لم يلزمه اليمين مع التكذيب لعدم فائدتها.

(مسئلة) (فإن دفعه إليه فأنكر صاحب الحق الوكالة وحلف رجم على الدافع وحده)

ينقطع به الرد فحضر الموكل فأراد الرد فله ذلك ان صدقه البائع ان الشراء له أو قامت به بينة وان كذبه ولم تكن به بينة تخلفه البائع أنه لا يعلم أن الشراء له فليس له رده لان الظاهر أن من اشترى شيئاً فهو له ويلزم الوكيل وعليه غرامة الثمن وهذا كله مذهب الشافعي، وقال أبو حنيفة للوكيل شراء المبيع لان التوكيل في البيع مطلقاً يدخل المبيع في اطلاقه ولانه أمينه في الشراء فجاز له شراء المبيع كالمضارب ولنا أن البيع باطلاقه يقتضي الصحيح دون المبيع فكذلك الوكالة فيه ويفارق المضاربة من حيث أن المقصود فيها الربح والربح يحصل من المبيع كحصوله من الصحيح والمقصود من الوكالة شراء ما يقتنى أو يدفع به حاجته وقد يكون العيب مانعاً من قضاء الحاجة به ومن قنيتة فلا يحصل المقصود وقد ناقض أبو حنيفة أصله فانه قال في قوله تعالى (فتحرير رقبة) لا تجوز العمياء ولا معيبة عيباً يضر بالعمل وقال ههنا يجوز للوكيل شراء الاعمى والمقعد ومقطوع اليدين والرجلين

(فصل) وإن أمره بشراء سلعة بعينها فاشترائها فوجدها معيبة احتمل أن له الرد لان الامر يقتضي السلامة فأشبه ما لو وكله في شراء موصوفة ويحتمل أن لا يملك الرد لان الموكل قطع نظره بالتعيين فربما رضيته على جميع صفاته، وان علم عيبه قبل شرائه فهل له شراؤه؟ يحتمل وجهين أيضاً

وجملة ذلك ان من عليه الحق إذا دفعه الى الوكيل مع التصديق أو عدمه فحضر الموكل وصدق الوكيل برى الدافع وان كذبه فالقول قوله مع يمينه لانه منكر فاذا حلف وكان الحق ديناً لم يرجع إلا على الدافع وحده لان حقه في ذمته ولم يبرأ منه بتسليمه إلى غير وكيل صاحب الحق والذي أخذه الوكيل عين مال الدافع في زعم صاحب الحق والوكيل والدافع يزعمان أنه صار ملكاً لصاحب الحق وأنه ظالم للدافع بالاخذ منه فيرجع الدافع فيما أخذه من الوكيل ويكون قصاصاً بما أخذ منه صاحب الحق وإن كان قد تلف في يد الوكيل لم يرجع عليه بشيء لانه مقر بأنه أمين لا ضمان عليه إلا أن يتلف بتعمديه وتفريطه فيرجع عليه

(مسئلة) (وإن كان المدفوع وديعة فوجدتها أخذها وإن تلف فله تضمين أيهما شاء ولا يرجع من ضمنه على الآخر بشيء)

إذا كان المدفوع عيناً فوجدتها صاحبها أخذها وله مطالبة من شاء بردها لان الدافع دفعها إلى غير مستحقها والوكيل عين ماله في يده فان طالب الدافع فللدافع مطالبة الوكيل بها وأخذها من يده ليسلمها الى صاحبها فان تلفت العين أو تعذر ردها فلصاحبها الرجوع بيدها على من شاء منها لان الدافع ضمنها بالدفع والقابض قبض مالا يستحق قبضه وأيهما ضمنه لم يرجع على الآخر لان كل واحد منهما يدعي أن ماأخذه ظلم ويقر بأنه لم يؤخذ من صاحبه بعد فلا يرجع على صاحبه بظلم غيره الا أن يكون الدافع دفعها الى الوكيل من غير تصديق فيرجع على الوكيل لكونه لم يقر بوكالته ولم تثبت بينة وإن ضمن الوكيل لم يرجع على الدافع وان صدقه لكان ان كان الوكيل تعدى فيها أو

مبين على رده إذا علم عيبه بعد شرائه وإن قلنا يملك رده فليس له شراؤه لأن العيب إذا جازبه الرد بعد العقد فلا يمنع من الشراء أولى وإن قلنا لا يملك الرد ثم فله الشراء هنا لأن تعيين الموكل قطع نظره واجتهاده في جواز الرد فكذلك في الشراء

(فصل) وإذا اشترى الوكيل لموكله شيئاً باذنه انتقل الملك من البائع إلى الموكل ولم يدخل في ملك الوكيل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يدخل في ملك الوكيل ثم ينتقل إلى الموكل لأن حقوق العقد تتعلق بالوكيل بدليل أنه لو اشتراه بأكثر من ثمنه دخل في ملكه ولم ينتقل إلى الموكل

ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي وكما لو تزوج له وقولهم إن حقوق العقد تتعلق به غير مسلم ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خراً أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء وقال أبو حنيفة يصح ويقم للذمي لأن الحر مال لهم لأنهم يمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم

ولنا أن كل ما لا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كزواج المجوسية وبه إذا خالف سائر أموالهم وإذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل في الثمن لأنه بمنزلة المبيع وإن كان الثمن

فوط استقر الضمان عليه فإن ضمن لم يرجع على أحد وإن ضمن الدافع رجع عليه لأنه وإن كان يقر بأنه قبضه قبضاً شرعياً لكن إنما لزمه الضمان لتفريطه وتعديه فالدافع يقول ظلمي المالك بالرجوع علي وله على الوكيل حق يعترف به الوكيل فيرجع عليه به

(مسئلة) (فإن كان ادعى أن صاحب الحق أحاله فقي وجوب الدفع إليه مع التصديق واليمين مع الإنكار وجهان .

(أحدهما) لا يلزمه الدفع إليه لأن الدفع إليه غير مبرى ولا خيال إن ينكر المحيل الحوالة ويضمنه فأشبه المدعي للوكالة (والثاني) يلزمه الدفع إليه لأنه معترف أن الحق انتقل إليه أشبه الوارث والاول أشبه لأن العلة في جواز منه الوكيل كون الدافع لا يبري وهي موجودة هنا والعلة في وجوب الدفع إلى الوارث كونه مستحقاً والدفع إليه يبري وهو متخلف هنا فالخافه بالوكيل أولى وإن قلنا يلزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار وإن قلنا لا يلزمه الدفع مع التصديق لم تلزمه اليمين مع الإنكار لعدم الفائدة فيها ومثل هذا مذهب الشافعي

(مسئلة) (وإن ادعى أنه مات وأنا وارثه فصدقه أنه وارث الحق لا وارث له سواء لزمه الدفع إليه بغير خلاف نعلمه لأنه مقرر له بالحق وأنه يبرأ بهذا الدفع فله كما لو جاء صاحب الحق وإن ذكر لزمته اليمين أنه لا يعلم صحة ما قال لأن اليمين هنا على نفي فعل الغير فكانت على نفي العلم وإنما لزمته اليمين هنا لأن من لزمه الدفع مع الإقرار لزمته اليمين مع الإنكار كسائر الحقوق المالية (فصل) ومن طلب منه حق فامتنع من دفعه حتى يشهد القابض على نفسه بالقبض وكان الحق

في الذمة فللوكيل والموكل المطالبة به وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة ليس للموكل المطالبة لان حقوق العقد تتعلق بالوكيل دونه ولهذا يتعلق بمجلس الصرف والخيار به دون موكله فكذلك القبض ولنا ان هذا دين الموكل يصح قبضه له فملك المطالبة به كسائر ديونه التي وكل فيها ، ويفارق مجلس العقد لان ذلك من شروط العقد فتعلق بالعاقد كالايجاب والقبول وأما الثمن فهو حق للموكل ومال من امواله فكانت له المطالبة به ولا نسلم ان حقوق العقد تتعلق به وإنما تتعلق بالموكل وهي تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن ما اشتراه اذا كان في الذمة فانه يثبت في ذمة الموكل اصلا وفي ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل بريء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء وإن دفع الثمن الى البائع فوجد به عيبا فردّه على الوكيل كان أمانة في يده ان تلف فهو من ضمان الموكل، ولو وكل رجلا يتسلف له ألفا في كر حنطة ففعل ملك الموكل ثمنها والوكيل ضامن عن موكله كما تقدم

(فصل) قال احمد في رواية مهنا اذا دفع الى رجل ثوبا ليبيعه ففعل فوهب له المشتري مندبلا فالمندبل لصاحب الثوب أما قال ذلك لان هبة المندبل سببها البيع وكان المندبل زيادة في الثمن والزيادة في مجلس العقد تلحق به

عليه بغير بينة لم يلزم القابض الاشهاد لانه لا ضرر في ذلك فانه متى ادعى الحق على الدافع بعد ذلك قال لا تستحق علي شيئا والقول قوله مع يمينه وان كان الحق ثبت بينة وكان من عليه الحق يقبل قوله في الرد كالمودع والوكيل بلا جمل فكذلك لانه متى ادعى عليه حق أو قامت به بينة فالقول في الرد قوله، وان كان ممن لا يقبل قوله في الرد أو يختلف في قبول قوله كالفاصل والمستعير والمرهن لم يلزمه تسليم ما قبله الا بالاشهاد لثلاثا يشكر القابض القبض ولا يقبل قول الدافع في الرد وإن أنكر قامت عليه البينة ومتى أشهد القابض على نفسه بالقبض لم يلزمه تسليم الوثيقة بالحق الى من عليه الحق لان بينة القبض تسقط البينة الاولى والكتاب ملكه فلا يلزمه تسليمه الى غيره

(فصل) في الشهادة على الوكالة إذا شهد بالوكالة رجل وامرأتان أو شاهد وحلف معه فقال أصحابنا فيها روايتان (إحداهما) تثبت بذلك إذا كانت الوكالة في المال قال أحمد في الرجل يوكل وكلا ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين إذا كانت المطالبة بدين فأما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرق في قوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال أقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف ويحتمل أن يكون قول الحرق كما رواه الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فقبل شهادة النساء مع الرجال كالمبيع والقرض. وان شهدا بوكالة ثم قال أحدهما قد عزل له لم تثبت وكالاته بذلك ، وإن كان الشاهد بالعزل أجنبيا لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ، ومتى عاد أحد الشاهدين بالتوكيل فقال

(فصل) في الشهادة على الوكالة اذا ادعى الوكالة واقام شاهدا وامرأتين أو حلف مع شاهده فقال أصحابنا فيها روايتان (احدهما) ثبت بذلك اذا كانت الوكالة بمال فان احدى قال في الرجل يوكل ويشهد على نفسه رجلا وامرأتين اذا كانت المطالبة بدين فاما غير ذلك فلا (والثانية) لا تثبت الا بشاهدين عدلين نقلها الحرقى بقوله ولا تقبل فيما سوى الاموال مما يطلع عليه الرجال لاقل من رجلين وهذا قول الشافعي لان الوكالة اثبات للتصرف، ويحتمل ان يكون قول الحرقى كالرواية الاولى لان الوكالة في المال يقصد بها المال فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال كالبيع والقرض فان شهدا بوكالته ثم قال احدهما قد عزله لم تثبت وكالته بذلك لان احدهما لم تثبت وكالته بذلك وان كان الشاهد بال عزل رجلا غيرها لم يثبت العزل بشهادته وحده لان العزل لا يثبت الا بما يثبت به التوكيل ومتى عاد احد الشاهدين بالتوكيل فقال قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد، وان حكم الحاكم بشهادتهما ثم عاد احدهما فقال قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا قد كان عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

قد عزله لم يحكم بشهادتهما لانه رجوع عن الشهادة قبل الحكم بها فلا يجوز للحاكم الحكم بما رجع عنه الشاهد وان كان حكم الحاكم بشهادتهما ثم قال احدهما قد عزله بعد ما وكله لم يلتفت الى قوله لان الحكم قد نفذ بالشهادة ولم يثبت العزل فان قال جميعا كان قد عزله ثبت العزل لان الشهادة تمت في العزل كتمامها في التوكيل

(فصل) فان شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لان التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد، وان شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد آخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لان الاقرارين اخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الاقرار عند كل واحد وحده وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالجمعية وشهد آخر أنه أقر بها بالجمعية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه قال وكله بالجمعية وشهد الآخر أنه وكله بالجمعية لم تكمل الشهادة لان التوكيل بالجمعية غير التوكيل بالجمعية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد، وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لان اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه اذن له في التصرف تمت الشهادة لانها لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر اذا اتفق معناه، ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر عندي أنه جريه أو أنه اوصى اليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيداً أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم تتم

(٣٤)

(المغني والشرح الكبير)

«الجزء الخامس»

(فصل) فإن شهد أحدهما أنه وكله يوم الجمعة وشهد آخر أنه وكله يوم السبت لم تتم الشهادة لأن التوكيل يوم الجمعة غير التوكيل يوم السبت فلم تكمل شهادتهما على فعل واحد وإن شهد أحدهما أنه أقر بتوكيله يوم الجمعة وشهد الآخر أنه أقر به يوم السبت تمت الشهادة لأن الإقرارين إخبار عن عقد واحد ويشق جمع الشهود ليقر عندهم حالة واحدة فحوز له الإقرار عند كل واحد وحده، وكذلك لو شهد أحدهما أنه أقر عنده بالوكالة بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بها بالعجمية ثبتت، ولو شهد أحدهما أنه وكله بالعربية وشهد الآخر أنه وكله بالعجمية لم تكمل الشهادة لأن التوكيل بالعربية غير التوكيل بالعجمية فلم تكمل الشهادة على فعل واحد وكذلك لو شهد أحدهما أنه قال وكلتك وشهد الآخر أنه قال أذنت لك في التصرف أو أنه قال جعلتك وكيلًا أو شهد أنه قال جعلتك جريًا لم تتم الشهادة لأن اللفظ مختلف والجري الوكيل، ولو قال أحدهما أشهد أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أذن له في التصرف تمت الشهادة لأنهما لم يحكما لفظ الموكل وإنما عبرا عنه بلفظها واختلاف لفظها لا يؤثر إذا اتفق معناه ولو قال أحدهما أشهد أنه أقر عندي أنه وكله وقال الآخر أشهد أنه أقر أنه جريه أو أنه أوصى إليه بالتصرف في حياته ثبتت الوكالة بذلك، ولو شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله وزيدا أو شهد أنه وكله في بيعه وقال لا تبعه حتى تستأمرني أو تستأمر فلانا لم

الشهادة لأن الأول أثبت استقلالًا بالبيع من غير شرط وإثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وإن شهد أحدهما أنه وكله في بيع عبده وشهد الآخر أنه وكله في بيع عبده وجاريته حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تفصح في تصرفه في الأول فلا تضر وهكذا لو شهد أحدهما أنه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر أنه وكله في بيعه لزيد وإن شاء لعمرو

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ثبت بخبر الواحد وإن لم يكن ثقة ويجوز التصرف للخبر بذلك إذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان أن انسكر الموكل ويثبت العزل بخبر الواحد إذا كان رسولًا لأن اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فستعط اعتباره ولأنه أذن في التصرف ومنع منه فلم تعتبر فيه شروط الشهادة كاستخدام غلامه

ولنا أنه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فإنه ليس بعقد ولو شهد اثنان أن فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وأنا أنصرف عنه ثبتت الوكالة لأن معنى ذلك أنني لم أعلم إلى الآن وقبول الوكالة يجوز متراحيا وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وإن قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لصدقه في شهادتهما وإن قال ما علمت وسكت قيل له فسر فإن فسر بالاول ثبتت وكالته وإن فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيعة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح

تم الشهادة لان الاول اثبت استقلاله بالبيع من غير شرط والثاني ينفي ذلك فكانا مختلفين، وان شهد احدهما انه وكله في بيع عبده وشهد الآخر انه وكله في بيع عبده وجاربه حكم بالوكالة في العبد لاتفاقهما عليه وزيادة الثاني لا تقدر في تصرفه في الاول فلا تضر وهكذا لو شهد احدهما انه وكله في بيعه لزيد وشهد الآخر انه وكله في بيعه لزيد وان شاء لعمره

(فصل) ولا تثبت الوكالة والعزل بخبر الواحد وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة تثبت الوكالة بخبر الواحد وان لم يكن ثقة ويجوز التصرف للمخبر بذلك اذا غلب على ظنه صدق الخبر بشرط الضمان ان انكر الموكل وبثبت العزل بخبر الواحد اذا كان رسولا لان اعتبار شاهدين عدلين في هذا يشق فسقط اعتباره ولانه اذن في التصرف ومنع منه فلم يعتبر في هذا شروط الشهادة كاستخدام غلامه ولنا انه عقد مالي فلا يثبت بخبر الواحد كالبيع وفارق الاستخدام فانه ليس بعقد، ولو شهد اثنان ان فلانا الغائب وكل فلانا الحاضر فقال الوكيل ما علمت هذا وانا انصرف عنه ثبتت الوكالة لان معنى ذلك اني لم أعلم الى الآن وقبول الوكالة يجوز متراهياً وليس من شرط التوكيل حضور الوكيل ولا علمه فلا يضر جهله به وان قال ما أعلم صدق الشاهدين لم تثبت وكالته لصدقهما في شهادتهما وان قال ما علمت وسكت قيل له فسر فان فسر بالاول ثبتت وكالته وان فسر بالثاني لم تثبت

(فصل) ويصح سماع البيئة بالوكالة على الغائب وهو أن يدعي أن فلانا الغائب وكلني في كذا وهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة لا يصح بناء على أن الحكم على الغائب لا يصح ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم تسمع دعواه لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف أنه لا يعلم أن موكله عزله لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالنزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة فانه لا يجز بها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

ولنا أنه لا يعتبر رضاه في سماع البيئة فلا يعتبر حضوره كغيره واذا قال له من عليه الحق احلف أنك تستحق مطالبي لم يسمع لان ذلك طعن في الشهادة وان قال قد عزلك الموكل فاحلف أنه ما عزلك لم يستحلف لان الدعوى على الموكل واليمين لا تدخلها النيابة، وان قال أنت تعلم أن موكلك قد عزلك سمعت دعواه وان طلب اليمين من الوكيل حلف على نفي العلم لان الدعوى عليه وان أقام الخصم بيئة بالنزل سمعت وان عزل الوكيل

(فصل) وتقبل شهادة الوكيل على موكله لعدم التهمة لانه لا يجز بها نقماً ولا يدفع بها ضرراً

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لانه لا يجر الى نفسه نقماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا وكله في قبض حق فشهد به له ثبت استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبل شهادته لانه لا حق له فيه ولم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالْمُذْهِبَيْنِ ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا أن زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران الى أنفسهما نقماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نقماً وهو إبقاء النفقة على الزوج ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالأقارب ولنا أن هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه وذلك

وتقبل شهادته له فيما لم يوكله فيه لكونه لا يجر الى نفسه نقماً ولا تقبل شهادته له فيما هو وكيل له فيه لانه يثبت لنفسه حقاً بدليل أنه اذا كان وكله في قبض حق فشهد به ثبت له استحقاق قبضه ولانه خصم فيه بدليل أنه يملك الخاصة فيه فان شهد بما كان وكيلاً فيه بعد عزله لم تقبل أيضاً سواء كان خاصم فيه بالوكالة أو لم يخاصم وبهذا قال أبو يوسف ومحمد، وقال أبو حنيفة ان كان لم يخاصم فيه قبلت شهادته لانه لا حق له فيه وان لم يخاصم فيه فأشبه ما لو لم يكن وكيلاً فيه وللشافعي قولان كالْمُذْهِبَيْنِ ولنا أنه بعقد الوكالة صار خصماً فيه فلم تقبل شهادته فيه كما لو خاصم فيه وفارق ما لم يكن وكيلاً فيه فانه لم يكن خصماً فيه

(فصل) اذا كانت الامة بين نفسين فشهدا ان زوجها وكل في طلاقها لم تقبل شهادتهما لانها يجران لانفسهما نقماً وهو زوال حق الزوج من البضع الذي هو ملكهما، وان شهدا بزل الوكيل في الطلاق لم تقبل لانهما يجران الى أنفسهما نقماً وهو إبقاء النفقة على الزوج، ولا تقبل شهادة ابني الرجل له بالوكالة ولا أبويه لانهما يثبتان له حق التصرف ولا يثبت للانسان حق بشهادة ابنه ولا أبيه ولا تقبل شهادة ابني الموكل ولا أبويه بالوكالة وقال بعض الشافعية تقبل لان هذا حق على الموكل يستحق به الوكيل المطالبة فقبلت فيه شهادة قرابة الموكل كالأقارب ولنا ان هذه شهادة يثبت بها حق لايه أو ابنه فلم تقبل كشهادة ابني الوكيل وأبويه ولانها

لأنهما يثبتان لانيهما نائباً متصرفاً ، له وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فانكرها الموكل فشهد عليه ابناءه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ، وإن ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناءه قبل أيضاً لذلك ، وإن ادعى وكيل لموكله الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيهما فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وإن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناءه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لانيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وأبناءه يشهدان لعبد أيهما والا يوان يشهدان لعبد ابنيهما فإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين

(فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فانكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملئه لم تسمع دعواه حتى تقوم البيئة بوكالته وإن قلنا يحكم بملئه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البيئة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

يثبتان لانيهما نائباً متصرفاً له ، وفارق الشهادة عليه بالاقرار فانها شهادة عليه متمحضة ولو ادعى الوكيل الوكالة فانكرها الموكل فشهد عليه ابناءه أو أبواه ثبتت الوكالة وأمضي تصرفه لأن ذلك شهادة عليه ولو ادعى الموكل أنه تصرف بوكالته وأنكر الوكيل فشهد عليه أبواه أو ابناءه قبل أيضاً كذلك وإن ادعى وكيل الموكل الغائب حقاً وطالب به فادعى الخصم أن الموكل عزله وشهد له بذلك ابنا الموكل قبلت شهادتهما وثبت العزل بها لأنهما يشهدان على أيهما وإن لم يدع الخصم عزله لم تسمع شهادتهما لأنهما يشهدان لمن لا يدعيهما فإن قبض الوكيل فحضر الموكل وادعى أنه كان قد عزل الوكيل وأن حقه باق في ذمة الغريم وشهد له ابناءه لم تقبل شهادتهما لأنهما يثبتان حقاً لانيهما ولو ادعى مكاتب الوكالة فشهد له سيده أو ابنا سيده أو أبواه لم تقبل لأن السيد يشهد لعبده وأبناءه يشهدان لعبد أيهما والا يوان يشهدان لعبد ابنيهما ، وإن عتق فأعاد الشهادة فهل تقبل ؟ يحتمل وجهين (فصل) إذا حضر رجلان عند الحاكم فأقر أحدهما أن الآخر وكيله ثم غاب الموكل وحضر الوكيل فقدم خصماً لموكله وقال أنا وكيل فلان فانكر الخصم كونه وكيله فإن قلنا لا يحكم الحاكم بملئه لم تسمع دعواه حتى تقوم البيئة بوكالته وإن قلنا يحكم بملئه وكان الحاكم يعرف الموكل بينه واسمه ونسبه صدقه ومكنه من التصرف لأن معرفته كالبينة وإن عرفه بينه دون اسمه ونسبه لم يقبل قوله حتى تقوم البيئة عنده بالوكالة لأنه يريد تثبيت نسبه عنده بقوله فلم يقبل

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عنه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم عندنا يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (والثاني) أنه لا تسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده تسمع، وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم قضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان الموكل عليه جماعة فأحضر واحد منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة أو ادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله .

(فصل) إذا قال بيع هذا الثوب بشرة فما زاد عليها فهو لك صح واستحق الزيادة وقال الشافعي لا يصح . ولنا أن ابن عباس كان لا يرى بذلك بأساً ولأنه يتصرف في ماله بأذنه فصح شرط الربح له في الثاني بالمضارب والعامل في المساقاة .

(فصل) ولو حضر عند الحاكم رجل قادعى أنه وكيل فلان الغائب في شيء عنه وأحضر بينة تشهد له بالوكالة سمعها الحاكم، ولو ادعى حقاً لموكله قبل ثبوت وكالته لم يسمع الحاكم دعواه وبه قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يسمعها إلا أن يقدم خصماً من خصماء الموكل فيدعى عليه حقاً فإذا أجاب المدعى عليه حينئذ يسمع الحاكم البينة، فحصل الخلاف بيننا في حكيم (أحدهما) أن الحاكم يسمع البينة على الوكالة من غير حضور خصم وعنده لا يسمع (الثاني) أنه لا يسمع دعواه لموكله قبل ثبوت وكالته وعنده يسمع وبني أبو حنيفة على أصله في أن القضاء على الغائب لا يجوز وسماع البينة بالوكالة من غير خصم بهاقضاء على الغائب وإن الوكالة لا تلزم الخصم ما لم يجب الوكيل عن دعوى الخصم أنك لست بوكيل ولنا أنه إثبات للوكالة فلم يفتقر إلى حضور الموكل عليه كما لو كان عليه جماعة فأحضر واحداً منهم فإن الباقي لا يفتقر إلى حضورهم كذلك ههنا، والدليل على أن الدعوى لا تسمع قبل ثبوت الوكالة أنها لا تسمع إلا من خصم يخاصم عن نفسه أو عن موكله وهذا لا يخاصم عن نفسه ولم يثبت أنه وكيل لمن يدعي له فلا تسمع دعواه كما لو ادعى لمن لم يدع وكالته وفي هذا الأصل جواب عما ذكره (فصل) ولو حضر رجل وادعى على غائب مالا في وجهه وكيله فأنكره فأقام بينة بما ادعاه حلفه الحاكم وحكم له بالمال فإذا حضر الموكل وجحد الوكالة وادعى أنه كان قد عزله لم يؤثر ذلك في الحكم لأن القضاء على الغائب لا يفتقر إلى حضور وكيله

كتاب الاقرار بالحقوق

الاقرار هو الاعتراف ، والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فخاروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه رسول الله ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الأئمة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا نسمع عليه الشهادة وإنما نسمع اذا أنكر ولو كذب المدعى ينتهلم نسمع وان كذب المقر ثم صدقه نسمع .

(فصل) ولا يصح الاقرار إلا من عاقل مختار فاما الطفل والمجنون والمبرسم والنائم والمغنى عليه فلا يصح اقرارهم لا لعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه السلام « رفع القلم عن ثلاثة ، عن الصبي حتى يبلغ ، وعن المجنون حتى يفقه ، وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون والنائم ولانه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كالبيع والطلاق ، وأما الصبي المميز فان كان

كتاب الاقرار

الاقرار الاعتراف والاصل فيه الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب فقول الله تعالى (وإذا أخذ الله ميثاق النبيين - إلى قوله - قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري ؟ قالوا أقرنا) وقال تعالى (وآخرون اعترفوا بذنوبهم) وقال تعالى (ألسنت بربكم ؟ قالوا بلى) في أي كثيرة مثل هذا ، وأما السنة فخاروي ان ما عزا أقر بالزنا فرجه النبي ﷺ وكذلك الغامدية وقال « واغديا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » وأما الاجماع فان الامة أجمعت على صحة الاقرار ولأن الاقرار اخبار على وجه تنفي عنه التهمة والريبة فان العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها ولهذا كان أكد من الشهادة فان المدعى عليه اذا اعترف لا نسمع عليه الشهادة وإنما نسمع اذا أنكر ولو كذب المدعى ينتهلم نسمع وإن كذب المقر ثم صدقه نسمع .

(مسألة) (وبصح الاقرار من كل مكلف مختار غير محجور عليه . أما الطفل والمجنون فلا يصح اقرارهما وكذلك المبرسم والنائم والمغنى عليه)

لا لعلم في هذا خلافاً وقد قال عليه الصلاة والسلام « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفقه وعن النائم حتى يستيقظ » فنص على الثلاثة والمبرسم والمغنى عليه في معنى المجنون

محجوراً عليه لم يصح إقراره وإن كان مأذوناً له صح إقراره في قدر ما أذن له فيه . قال أحد في رواية منها في اليتيم إذا أذن له في التجارة وهو يعقل البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير ، وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته فأشبهه الطفل .

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فضح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم فإن أقر من هو مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه نالقول قوله إلا أن تقوم بينة يبلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف المقر لأننا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً ومن زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يسمع إقراره بخلافه وإن كان بمعية كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله حامداً لغير حاجة لم يصح إقراره ويتخرج أن يصح بناء على وقوع طلاقه وهو منصوص الشافعي لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي .

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح إقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولأن السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله وأما المسكره

والنائم ولأنه قول من غائب العقل فلم يثبت له حكم كاليمين والطلاق ، فأما الصبي المميز فإن كان محجوراً عليه لم يصح إقراره للنص وإن كان مأذوناً له في البيع والشراء فيعه وشراؤه جائز ، وإن أقر أنه اقتضى شيئاً من ماله جاز بقدر ما أذن له وليه فيه وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو بكر وابن أبي موسى إنما يصح إقراره فيما أذن له في التجارة فيه في الشيء اليسير وقال الشافعي لا يصح إقراره بحال لعموم الخبر ولأنه غير بالغ فأشبهه الطفل ولأنه لا تقبل شهادته ولا روايته أشبهه الطفل

ولنا أنه عاقل مختار يصح تصرفه فضح إقراره كالبالغ وقد دللنا على صحة تصرفه فيما مضى والخبر محمول على رفع التكليف والاثم .

(مسئلة) (وكذلك العبد المأذون له في التجارة) لما ذكرنا في الصبي بل صحة إقرار العبد أولى لأنه مكلف

(مسئلة) (فإن أقر مرأق غير مأذون له ثم اختلف هو والمقر له في بلوغه فالقول قول المقر) إلا أن تقوم بينة يبلوغه لأن الأصل الصغر ولا يحلف لأننا حكنا بعدم بلوغه إلا أن يختلفا بعد ثبوت بلوغه فعليه اليمين أنه حين أقر لم يكن بالغاً

(مسئلة) (ولا يصح إقرار السكران ويتخرج صحته بناء على طلاقه)

أما من زال عقله بسبب مباح أو معذور فيه فهو كالجنون لا يصح إقراره بخلافه وإن كان

فلا يصح اقراره بما أكره على الاقرار به وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الاقرار لرجل فآقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فآقر بطلاق أخرى أو آقر بعق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء، ولو أكره على اداء مال فباع شيئاً من ماله ليؤدي ذلك صح بيعه نص عليه لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا بينة سواء أقر عند السلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه إلا أن يكون هناك دلالة على الاكراه كالقيد والحبس والتوكيل به فيكون القول قوله مع يمينه لان هذه الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى انه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله إلا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر سلامة الحال وصحة الشهادة وقد ذكرنا حكم اقرار السفيه والمفلس والمريض في أبوابه. وأما العبد فيصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه، ولا يصح اقرار المولى عليه لان المولى لا يملك من العبد الا المال ويحتمل أن يصح اقرار المولى عليه بما يوجب تقصيصا ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره به كجناية الخطأ. وأما اقراره بما يوجب القصاص في النفس فالتقصيص

خلاف وإن كان بمصيبة كالسكران ومن شرب ما يزيل عقله عامداً لغير حاجة لم يصح اقراره ويتخرج أن يصح كطلاقه وهو منصوص الشافعي لان أفعاله تجري مجرى الصاحي

ولنا أنه غير عاقل فلم يصح اقراره كالجنون الذي سبب جنونه فعل محرم ولان السكران لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به فلم يوجد معنى الاقرار الموجب لقبول قوله .

﴿مسئلة﴾ (ولا يصح اقرار المسكره الا ان يقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لانسان فيقر لغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق غيرها أو على الاقرار بدنانير فيقر بدراهم فيصح) لا يصح اقرار المسكره بما أكره على الاقرار به، وهذا مذهب الشافعي لقول رسول الله ﷺ «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» ولانه قول أكره عليه بغير حق فلم يصح كالبيع فاما ان أقر بغير ما أكره عليه مثل ان يكره على الاقرار لرجل فيقر لغيره أو بنوع من المال فيقر بغيره أو على الاقرار بطلاق امرأة فيقر بطلاق أخرى أو آقر بعق عبد صح لانه أقر بما لم يكره عليه فصح كما لو أقر به ابتداء

﴿مسئلة﴾ (وان أكره على وزن ثمن فباع داره في ذلك صح بيعه)

نص عليه احمد لانه لم يكره على البيع، ومن أقر بحق ثم ادعى أنه كان مكرهاً لم يقبل قوله إلا

عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبهه الاقرار بقتل الخطأ ولانه منهم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره به وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي لانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول أن لا يصح عفو ولي الجناية على مال الا باختيار سيده لثلاث يفضي الى ايجاب المال على سيده باقرار غيره، فلا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمدة ولا بجناية عمد، وجب المال كالجائعة والمأومة لانه ايجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بحق المولى، ويقبل اقرار المولى عليه لانه ايجاب حق في ماله وان أقر بسرقة موجهها المال لم يقبل اقراره ويقبل اقرار المولى عليه لما ذكرنا، وان كان موجهها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقيا أو تالفا في يد السيد أو يد العبد قال احمد في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقتها من رجل والرجل يدعي ذلك وسيده يكذبه فالدرهم لسيدة ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق، وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ويحتمل أن لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لسكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي يقر بسرقتها لم تثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها، وان أقر العبد بقرقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره بالرق لان الاقرار بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بحال ولا تنا

بينة سواء أقر عند سلطان أو عند غيره لان الاصل عدم الاكراه، الا ان يكون هناك دلالة على الاقرار كالقيد والحبس والتوكل به فيكون القول قوله مع يمينه لان الحال تدل على الاكراه، ولو ادعى أنه كان زائلاً العقل حال اقراره لم يقبل قوله الا بينة لان الاصل السلامة حتى يعلم غيرها، ولو شهد الشهود باقراره لم تفتقر صحة الشهادة الى أن يقولوا طوعاً في صحة عقله لان الظاهر السلامة وصحة الشهادة وقد ذكرنا اقرار السفیه والمفلس فيما مضى

(مسئلة) (وأما المريض مرض الموت الخوف فيصح اقراره بغير المال) لانه لا أهمية عليه في

ذلك وإنما تلحقه التهمة في المال

(مسئلة) (وان أقر بمال لمن لا يرثه صح في أصح الروايتين)

لانه غير منهم في حقه وهو قول أكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز، وحكى أصحابنا رواية أنه لا يقبل لانه لإقرار في مرض الموت أشبه الاقرار للوارث وفيه رواية أخرى أنه لا يصح بزيادة على التلك ذكرها أبو الخطاب لانه ممنوع من عطية الوارث فلم يصح اقراره بما لا يملك عطيته بخلاف التلك فما دون ولنا أنه اقرار غير منهم فيه فقبل كالاقرار في الصحة بحقه أن حالة المرض أقرب الى الاحتياط لنفسه وأبرأ لذمته وتحري الصدق فكان أولى بالقبول وفارق الاقرار للوارث فانه منهم فيه

لو قبلنا اقراره اضررنا بسيدته لانه اذا شاء أقر لغير سيده فأبطل ملكه، وان أقر به السيد لرجل وأقر هو لآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لا في يد نفسه ولان السيد لو أقر به منفرداً قبل ولو أقر العبد منفرداً لم يقبل فاذا لم يقبل اقرار العبد منفرداً فكيف يقبل مع معارضته لاقرار السيد؟ ولو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالخلد وجناية العمد . وأما المكاتب فحكمه حكم الحر في صحة اقراره ، ولو أقر بجناية خطأ صح اقراره فان عجز بيع فيها ان لم يفده سيده وقال أبو حنيفة يستسعى في الكتابة وان عجز بطل اقراره بها سواء قضي بها أو لم يقض وعن الشافعي كقولنا وغنه انه مراعى ان ادى لزمه وان عجز بطل . ولنا أنه اقرار لزمه في كتابته فلا يبطل بمعجزه كالاقرار بالدين وعلى الشافعي ان المكاتب في يد نفسه فصح اقراره بالجناية كالحر .

(فصل) وبصح الاقرار لكل من ثبت له الحق فاذا أقر لعبد بنكاح أو قصاص أو تعزير بالقذف صح الاقرار له صدقه المولى أو كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيدته مطالبته به ولا عفو وان كذبه العبد لم يقبل وان أقر له بمال صح ويكون لسيدته لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وان قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده، وان أقر لبيمة أو دار لم يصح لإقرارها وكان باطلا لانها لا تملك

(مسئلة) (ولا يحاص المقر له غرامة الصحة)

وقال أبو الحسن النعمي والقاضي يحاصهم إذا ثبت عليه دين في الصحة ثم أقر لأجنبي بدين في مرض موته واتسع ماله لهانساويا وان ضاق عنهما فقبل بينهما سواء ، والمذهب أن يقدم الدين الثابت على الدين الذي أقر به في المرض قاله أبو الخطاب قال القاضي وهو قياس المذهب، نص احمد في المفلس على أنه إذا أقر وعليه دين بينة يبدأ بالدين الذي بالينة ، وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه أقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بينة كفرم المفلس الذي أقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع والاقرار لوارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته فلم يشارك من أقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بينة كالذي أقر له المفلس وظاهر كلام الحرقي انهما يتحاصان وهو قول أبي الحسن النعمي وبه قال مالك والشافعي وأبو عبيد وأبو ثور وذكر أبو عبيد أنه قول أكثر اهل المدينة فان أقر لها في المرض جميعاً تساويا

(مسئلة) (وان اقر لوارث لم يقبل الابينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وان أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لان من صح الاقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كالذهيين وقال مالك يصح اذا لم يهتم ويبطل إذا اهتم كمن له بنت وابن

المال مطلقاً ولا يد لها وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لاّ حدولانه لم يذكر لمن هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له وإن قال لمالكها أو لزيد علي بسببها الفصح الاقرار وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل .

(فصل) وان أقر حمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وان أطلق فقال ابو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح . قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل . فعلى هذا ان ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين ، وان عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقهما لذلك وقال ابو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا ان يزيه الى ارث او وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرها فان ولدت الولد ميتا وكان قد عزى الاقرار الى ارث او وصية عادت الى ورثة الموصي وورث الطفل وان أطلق الاقرار كلف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من أراد باقراره ، وان عزى الاقرار إلى جهة غير صحيحة فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضها أو ودعها أخذها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل ، وعلى قول ابن حامد ينبغي أن يصح اقراره لانه وصل اقراره بما يسقطه فيسقط ما وصل به كما لو قال له علي ألف لا تلمني وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها ، ولا يصح الاقرار لحمل إلا إذا تيقن انه كان موجوداً

عم قافر لا بنته لم يقبل وان أقر لابن عمه قبل لانه لا يهتم في انه يزوي ابنته ويوصل المال الى ابن عمه وعلة منع الاقرار التهمة فاخص المنع بموضعها

ولنا أنه لا يصلح لئله الى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضا بقية ورثته كهتبه ولانه محجور عليه في حقه فلم يصح الاقرار له كالصبي في حق جميع الناس ، وفارق الاجنبي فان هتبه تصح وما ذكره مالك لا يصح فان التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فاجيز اعتبارها بمظنتها وهو الارث ولذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(مسألة) (إلا أن يقر لزوجته بغير مثلهما فما دونه فيصح) في قول الجميع لا نعلم فيه مخالفاً الا أن الشعبي قال لا يجوز اقراره لها لانه اقرار لوارث

ولنا أنه اقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فاشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بانه لم يوفه وكذلك ان اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمان مثله لان القول قول المقر له في أنه لم يقبض ثمنه وان أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل

(فصل) فان أقر لها ثم أبانها ثم تزوجها ومات من مرضه لم يقبل اقراره لها وقال محمد ابن الحسن يقبل لانها صارت الى حال لا يهتم فيها فأشبهه ما لو أقر لمرضى ثم برى ، ولنا أنه أقر لوارث في مرض الموت

حال الاقرار على ما بين في موضعه ، وان أقر لمسجد أو مصنع أو طريق وعزاء الى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين

(مسئلة) قال (ومن أقر بشيء واستثنى من غير جنسه كان استثنائه باطلا الا أن يستثنى عينا من ورق او ورقا من عين)

في هذه المسئلة فصلان (أولهما) أنه لا يصح الاستثناء في الاقرار من غير الجنس وبهذا قال زفر ومحمد بن الحسن ، وقال أبو حنيفة ان استثنى مكلا أو موزونا جاز وان استثنى عبداً أو ثوبا من مكيل أو موزون لم يجز ، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقا لانه ورد في الكتاب العزيز وإذ قلنا للعرب قال الله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا الا ابليس كان من الجن) وقال تعالى (لا يسمعون فيها لغوا الا سلاما) وقال الشاعر :

وبلدة ليس بها أنيس إلا اليعافير وإلا العيس

وقال آخر :

عيت جوابا وما بالربع من أحد * إلا أوارى لايا ما أينهم

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل هو اخراج بعض

(مسئلة) (وان أقر لوارث وأجنبي بطل في حق الوارث وصح في حق الاجنبي) وفيه وجه آخر أنه لا يصح كما لو شهد بشهادة يجز الى نفسه بمضها بطلت شهادته في الكل كما لو شهد لابنه وأجنبي وقال أبو حنيفة ان أقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لها وان جردها صح له دون الوارث .

ولنا أنه أقر لوارث وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوارث كما لو أقر بلفظين او كما لو جحد الاجنبي الشركة ويفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة ، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب وارث موسر قبل ، ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره قبل فيما عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي العوض وكذلك ان قال لعبده اشتريت نفسك مني بألف

(مسئلة) (وان أقر لوارث فصار عند الموت غير وارث لم يصح وان أقر لغير وارث صح وان صار وارثا نص عليه وقال ان الاعتبار بحال الموت فيصح في الاولى ولا يصح في الثانية كالوصية)

وجملة ذلك أنه اذا أقر لوارث فصار غير وارث أقر لاختيه ولا ولد له ثم ولد له ابن لم يصح اقراره له ، وان أقر لغير وارث ثم صار وارثا صح اقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور اذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم زوجها جاز اقراره لانه غير متهم وحكي له قول سفيان في رجل

ما تناوله المستثنى منه مشتق من ثبت فلانا عن رأيه إذا صرفته عن رأي كان عازماً عليه وثبت عنان دأبتي إذا صرفتها به عن وجهتها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فاصرف الكلام عن صوبه ولا تناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناءً تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك، والا هنا بمعنى لكن، هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد النفي ولا يأتي بعده الاثبات إلا أن يوجد بعده جملة، وإذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الاقرار لانه اثبات للمقرب فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكره بعده جملة كأن قال له عندي مائة درهم إلا ثوباً لي عليه فيكون مقراً بثبي مدعياً لثبي سواء يقبل اقراره وتبطل دعواه كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا إبليس) فإن إبليس كان من الملائكة بدليل أن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا عاصياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذا أمرتك؟) وإذا لم يكن مأموراً فلم أنكسه الله وأهبطه ودحره؟ ولم يأمر الله تعالى بالسجود إلا الملائكة، فإن قالوا بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم، قلنا قد سقط استدلالكم فانه متى كان

له ابنان فافر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز قراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي، وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في صورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية

ولنا انه قول يعتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه إذا أقر لغير وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من اهله خالياً عن تهمة ثبت الحق به ولم يوجد مسقط له فلا يسقط وإذا أقر لوارث وقع باطلاً لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه إذا أقر لوارث فلا يصح كما لو استمر الميراث وإن أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فإنها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(مسئلة) (وان أقر لامرأته بدين ثم ابناها ثم تزوجها لم يصح اقراره لها) إذا مات من مرضه لانه اقرار لوارث في مرض الموت أشبه ما لو لم بينها

(مسئلة) (وان أقر المريض بوارث صحيح صح وعنه لا يصح)

يصح اقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لانه اقرار لوارث فأشبه الاقرار له بمال والاول أصح لانه عند الاقرار غير وارث فصح كماله يصح وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث فنصار وارثاً فنصح الاقرار ثم صححه هاهنا ومن أبطله أبطله

داخلا في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثاؤه من الجنس وهذا ظاهر لمن أنصف ان شاء الله تعالى، فعلى هذا متى قال له علي ألف درهم الا ثوبا لزمه الالف وسقط الاستثناء بمنزلة ما لو قال له علي ألف درهم لكن لي عليه ثوب

(الفصل الثاني) اذا استثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فاختلف أصحابنا في صحته فذهب أبو بكر عبد العزيز إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن، وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الحارثي صحته لان قدر أحدهما معلوم من الآخر وعبر بأحدهما عن الآخر فان قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية دراهم ديناراً فاذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فاذا قال له علي دينار الا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان مناه له علي تسعة دراهم الا ثلاثة ومهما أمكن حمل الكلام على وجه صحيح لم يجز إلغاؤه وقد أمكن بهذا الطريق فوجب تصحيحه، وقال أبو الخطاب لا فرق بين العين والورق وبين غيرهما ويلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها، وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصحة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتنى ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوما من جنس واستثنى نوماً آخر من ذلك الجنس مثل أن يقول له علي عشرة

(مسئلة) (وان أقر بطلاق امراته في صحته لم يسقط ميراثها) اذا كان الاقرار في مرضه لانه متهم بقصد حرمانها النيرات فلم يبطل كما لو طلقها في مرضه

(فصل) ويصح اقرار المريض باحبال الامة لانه ملك ذلك فملك الاقرار به وكذلك كل ما ملكه ملك الاقرار به فاذا أقر بذلك ثم مات فان بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الاصل وأمه أم ولد تمتق من رأس المال وان قال من نكاح أو وطء شبهة عتق الولد ولم تصر الامة أم ولد فان كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وان كان من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وان لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحتمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (وان أقر العبد بحد أو قصاص أو طلاق صح وأخذ به الا ان يقر بقصاص في النفس فنص احمد أنه يتبع به بعد العتق وقال أبو الخطاب يؤخذ به في الحال)

وجملة ذلك ان العبد يصح اقراره بالحد والقصاص فيما دون النفس لان الحق له دون مولاه ولا يصح اقرار المولى عليه بما يوجب القصاص ويجب المال دون القصاص لان المال يتعلق برقبته وهي مال السيد فصح اقراره بجناية الخطأ وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي وأما اقراره بما يوجب

أصح تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقليا لم يحز لما ذكرناه من الفصل الاول ويخالف العين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقي جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك (فصل) فأما استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه فحائز بغير خلاف علمناه فان ذلك في كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) وقال (فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس) وقال النبي ﷺ في الشهادتين « يكفر عنه خطايا كلها الا الدين » وهذا في الكتاب والسنة كثير وفي سائر كلام العرب ، فاذا أقر بشيء واستثنى منه كان مقرراً بالباقي بعد الاستثناء ، فاذا قال له علي مائة الا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع أن يدخل في اللفظ ما لولاه لدخل فانه لو دخل لما أمكن اخراجه ولو أقر بالعشرة المستثناء لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فلا استثناء بين أن الخمسين المستثناء غير مرادة كما ان التخصيص بين أن الخصوص غير مراد باللفظ العام وان قال إلا ثلثها أو ربعها صح ، وكان مقراً بالباقي بعد المستثنى ، وان قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى كان مقراً بما سوى البيت منها وكذلك إن قال هذه الدار له وهذا البيت لي صح أيضاً لانه في معنى الاستثناء لكونه أخرج بعض ما دخل في اللفظ الاول بكلام متصل ، وان قال له هؤلاء العبيد إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه منهم وان قال إلا واحداً صح لان الاقرار يصح مجعولا فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المستثنى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به ، وان عين من عدا المستثنى

القصاص في النفس فالمتصوص عن احمد انه لا يقبل ويتبع به بعد العتق وبه قال زفر والمزني وداود وابن جرير الطبري لانه يسقط حق سيده باقراره فأشبه الاقرار بقتل الخطأ ولانه يثم في أنه يقر لرجل ليعفو عنه ويستحق أخذه فيتخلص بذلك من سيده ، واختار أبو الخطاب انه يصح اقراره وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ولانه أحد نوعي القصاص فصح اقراره به كما دون النفس ، وبهذا الاصل ينتقض دليل الاول وينبغي على هذا القول ان لا يصح عفو ولي الجناية على مال إلا باختيار سيده لثلا يفضي الى إيجاب المال على سيده باقرار غيره ولا يقبل اقرار العبد بجناية الخطأ ولا شبه العمد ولا بجناية عمد موجبها المال كالجائفة والمأمومة لانه إيجاب حق في رقبته وذلك يتعلق بالمولى

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد غير المأذون له بمال لم يقبل في الحال ويتبع به بعد العتق) لانه تصرف فيما هو حق للسيد فعلى هذا يتبع به بعد العتق عملاً باقراره على نفسه وعنه يتعلق برقبته كجانيته

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر السيد عليه بمال أو ما يوجبه كجناية الخطأ قبل) لانه إيجاب حق في ماله

﴿ مسألة ﴾ (وان أقر العبد بسرقة مال في يده وكذبه السيد قبل اقراره في القطع دون المال) وجملة ذلك ان العبد اذا أقر بسرقة موجبها القطع والمال فأقر بها العبد وجب قطعه ولم يجب المال سواء كان ما أقر بسرقة باقياً أو تالفاً في يد السيد أو يد العبد قال أحمد

صح وكان الباقي له فان هلك العبيد إلا واحداً فذكر انه المستثنى قبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال أبو الخطاب لا يقبل في أحد الوجهين وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله والصحيح أنه يقبل لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفعاً للاقرار وإنما تعذر تسليم المقر به لتلفه لا لمعنى يرجع الى التفسير فأشبهه ما لو عينه في حياتهم فتلف بعد تعيينه، وإن قتل الجميع الا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً وإن قتل الجميع فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير، اليه وإن قال غصبتك هؤلاء العبيد الا واحداً فهل كوا الا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لأن المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف التي قبلها .

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر ادواته حكم الاستثناء بالا، فإذا قال له : علي عشرة سوى درهم، أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أو ما خلا أو ماعداً درهماً أو لا يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بتسعة وإن قال : غير درهم، بضم راءها وهو من أهل العريضة كان مقراً بعشرة لأنها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا يكون استثناء فأنها لو كانت استثناء كانت منصوبة وإن لم يكن من أهل العريضة لزمه تسعة لأن الظاهر انه إنما يريد الاستثناء لكنه رفعها جهلاً منه بالعريضة لا قصداً للصفة .

في عبد أقر بسرقة دراهم في يده انه سرقها من رجل والرجل يدعي ذلك والسيد يكذبه فالدرهم لسيدته ويقطع العبد ويتبع بذلك بعد العتق وللشافعي في وجوب المال في هذه الصورة وجهان ، ويحتمل ان لا يجب القطع لان ذلك شبهة فيدراً بها القطع لكونه حداً يدرأ بالشبهات وهذا قول أبي حنيفة وذلك لان العين التي أقر بسرقتها لم يثبت حكم السرقة فيها فلا يثبت حكم القطع بها

(فصل) وإن أقر العبد برفقه لغير من هو في يده لم يقبل اقراره لان اقراره بالرق اقرار بالملك والعبد لا يقبل اقراره بما لا نالنا لو قبلنا اقراره أضر بالسيد ولانه اذا شاء أقر لغير سيده فابطل ملكه فان أقر السيد لرجل وأقر هو الآخر فهو للذي أقر له السيد لانه في يد السيد لاني يد نفسه ولانه لو قبل اقرار العبد لما قبل اقرار السيد كالحذ وجناية العمد

(فصل) وبصح الاقرار اكمل من يثبت له الحق فإذا أقر لعبد بشكاح أو قصاص أو تمزيق القذف صح الاقرار له صدقه المولى او كذبه لان الحق له دون سيده وله المطالبة بذلك والعفو عنه وليس لسيدته مطالبته به ولا عفو وإن كذب العبد لم يقبل اقراره ، وإن أقر له بما صح ويكون لسيدته لان يد العبد كيد سيده ، وقال أصحاب الشافعي ان قلنا يملك المال صح الاقرار له وإن قلنا لا يملك كان الاقرار لمولاه يلزم بتصديقه ويبطل برده

(مسئلة) (وان أقر السيد لعبد بما لم يصح) لان العبد لسيدته فلا يصح اقراره بنفسه وان أقر

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى بكلام أجني لم يصح لانه اذا سكت أو عدل عن اقراره الى شيء آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرتفع بخلاف ما اذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه وينتظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والمطفئ والبدل ونحوه.

(فصل) ولا يصح استثناء الكل بغير خلاف لان الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ واستثناء الكل رفع الكل فلو صح صار الكلام كله لغواً غير مفيد فان قال له: علي درهم ودرهم الا درهماً، أو ثلاثة دراهم ودرهمان الا درهمين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الا درهماً أو خمسة وتسعون الا خمسة، لم يصح الاستثناء، ولزمه جميع ما أقر به قبل الاستثناء، وهذا قول الشافعي، وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة، وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحد ومن أصلنا ان الاستثناء اذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قول الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب القاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم « لا يؤمن الرجل الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمته الا باذنه » والوجه الاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء يرفع احدهما جميعها ولا نظير لهذا في كلامهم ولان صحة الاستثناء تجمل احدي

العبد لسيدته لم يصح لانه اقر له بماله فلم يفده الاقرار شيئاً

(مسئلة) (وان أقر انه باع عبده من نفسه بألف وأقر العبد به ثبت ويكون كالكتابة وان انكر عتق ولم يلزمه الالف) لانه أقر لعبده بسبب المتق فتق وتبقى دعواه عليه لا تلزمه كما لم تلزم غيره

(مسئلة) (وان أقر لعبده غيره بمال صح وكان للمالك) لان مال العبد لسيدته

(مسئلة) (وان أقر لبيمة لم يصح) لانها لا تملك ولا لها أهلية للملك، وان قال علي بسبب هذه البهيمة لم يكن اقراراً لاحد لانه لم يذكر ان هي ومن شرط صحة الاقرار ذكر المقر له فان قال للمالكها ولزيد علي بسببها الف صح الاقرار، وان قال بسبب حمل هذه البهيمة لم يصح اذ لا يمكن إيجاب شيء بسبب الحمل وقيل يصح ويكون للمالكها كالقرار للعبد

(مسئلة) (وان تزوج بمجولة النسب فافتت بالرق لم يقبل اقرارها)

لانها تقرر على حق الزوج وعنه تقبل في نفسها لانها عاقلة مكلفة فيقبل اقرارها على نفسها كما لو أقرت بمال، ولا يقبل اقرارها بفسخ النكاح ورق الاولاد لان ذلك حق الزوج وان أولدها بعد الاقرار ولداً كان رقيقاً لانه حدث بعد ثبوت رقبها وان أقر بولد أمته أنه ابنه ثم مات ولم يتبين هل أنت به في ملكه أو غيره؟ فهل تصير أم ولد؟ على وجهين (أحدهما) لا تصير أم ولد لاجتماع أنها أنت به في ملك غيره (والثاني) تصير أم ولده لانه أقر بولدها وهي في ملكه فالظاهر أنه استولدها في ملكه

الجلتين مع الاستثناء لقوا لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على بعضها فاما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجلتين إنما أخرج من الجلتين معاً من اتصف بصفة فنظيره مالو قال للبواب : من جاء يستأذن فائذن له واعطه درهماً الا فلاناً ، ونظير مستثنا مالو قال : أكرم زيداً وعمراً الا عمراً ، وان قال له : علي درهمان وثلاثة الا درهين ، لم يصح أيضاً لأنه رفع الجملة الاولى كلها فأشبه مالو قال اكرم زيداً وعمراً الا زيداً ، وان قال له : علي ثلاثة وثلاثة الا درهين خرج فيها وجهان لأنه استثنى أكثر الجملة التي تليه واستثناء الاكثر فاسد كاستثناء الكل (فصل) وان استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الاول كان مضافاً اليه فاذا قال : له علي عشرة الا ثلاثة والا درهين كان مستثنياً لحصة مبقية لحصة ، وان كان الثاني غير معطوف على الاول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة ، قد جاء في كلام الله تعالى في قوله (قالوا انا أرسلنا الى قوم مجرمين الا آل لوط اما لمنجوم أجمعين الا امرأته قدرنا انها لمن الفارسين) فاذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الاول نقيضاً والثاني اثباتاً فان استثنى استثناء ثالثاً كان نقيضاً يعود كل استثناء الى ما يليه من الكلام فاذا قال : له عشرة الا ثلاثة الا درهماً كان مقراً بثانية لأنه أثبت عشرة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهماً وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من العشرة فيبقى منها ثمانية وسنزيد لهذا الفصل فروعا في مسألة استثناء الاكثر .

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا أقر الرجل بنسب صغير أو مجنون مجهول النسب أنه

أبنه ثبت نسبه به)

وجملة ذلك أن للاقرار بالنسب شروطا وهو على ضربين :

(أحدها) أن يقر على نفسه خاصة (والثاني) أن يقر عليه وعلى غيره فان أقر على نفسه خاصة مثل أن يقر بنسب ولد فيعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب ، فان كان معروف النسب لم يصح لانه يقطع نسبه الثابت من غيره وقد لعن النبي ﷺ من انتسب الى غير ابيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لانه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد لمثل المقر (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر إن كان ذا قول وهو المكلف لانه مكلف أقر بحق ليس فيه نفع فلزم كما لو أقر بمال فان كان غير المكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجرى ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولو طلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الأب لو عاد بجحد النسب لم يقبل منه ويحتمل أن يبطل نسب المكلف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه يثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول أصح لانه نسب ثبت بالاقرار فأشبهه نسب الصغير والمجنون ، وفارق المال لان النسب يحتاج

(فصل) إذا قال : له هذه الدار هبة أو سكنى أو عارية كان إقراراً ببدل به كلامه ولم يكن إقراراً بالدار لأنه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في أوله فصح كالأقر بحملة واستثنى بعضها، وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لأنه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناء إنما هذا بدل وهو سائغ في اللغة. ويسمى هذا النوع من البدل بدل الاشتغال وهو أن يبدل من الشيء بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله (يستلونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فأبدل القتال من الشهر المشتمل عليه وقال تعالى إخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (وما أنسانيه إلا الشيطان أن أذكره) أي أنساني ذكره، وإن قال له هذه الدار ثمنها أو قال ربحها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك باستثناء، ومثله قوله تعالى (قم الليل إلا قليلاً نصفه) وقوله (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما يدخل فيه لولاء ويفارقه في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز إبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيم للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن لا يسكنه إياها وأن يعود فيما عاure

لإثباته وإن اعترف إنسان أن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه (الضرب الثاني) أن يقر عليه وعلى غيره كإقراره باخ فسند ذكره أن شاء الله تعالى

(مسئلة) (فإن كان الصغير المقر بنسبه ميتاً ورثه لأنه ثبت نسبه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لأنه متهم في قصد أخذ ميراثه، وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا إرثه لذلك ولنا أن علة ثبوت نسبه في حياته الإقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت كحالة الحياة وما ذكره يبطل بما إذا كان المقر به حياً موسراً والمقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر التصرف في ماله وإتقاه على نفسه، وإن كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي أنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت إلا بتصديقه ولم يوجد ويجاب عن هذا بأنه غير مكلف فإن ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدقه حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الإقرار والتصديق

(فصل) فإن أقرت امرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل إقرارها وإن كانت ذات زوج فهل يقبل إقرارها على روايتين (أحدهما) لا يقبل لأن فيه حملاً لنسب الولد على زوجها ولم يقر به أو الحاقاً للعار به بولادة امرأته من غيره (والثاني) يقبل لأنها شخص أقر بولد يحتمل أن يكون منه فقبل كالرجل وقال أحمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولداً فإن كان لها أخوة أو نسب معروف فلا بدان يثبت أنه ابنها وإن لم يكن لها دافع فمن يحول بينها وبينه وهذا لأنها إذا كانت ذات أهل

﴿مسئلة﴾ قال (ومن ادعى عليه شيء وقال قد كان له علي وقضيته لم يكن ذلك إقراراً)

حكى ابن أبي موسى أن في المسئلة روايتين (أحدهما) أن هذا ليس بإقرار اختاره القاضي وقال لم أجده عن أحد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه فعليه البينة بالقضاء والاحلف غريمه وأخذ واختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر بالدين وادعى القضاء فلم تقبل دعواه كالأدعى القضاء بكلام منفصل ولأنه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالمذهبيين، ووجه قول الحنفي أنه قول متصل يمكن صحته ولا تناقض فيه فوجب أن يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لأن حكم الأول قد استقر بسكوته عليه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فما يأتي بعده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل إلا ببينة وأما استثناء الكل فتناقض لأنه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء.

(فصل) وإن قال له علي مائة وقضيته منها خمسين فالكلام فيها كالكلام فيما إذا قال وقضيته وإن قال له إنسان لي عليك مائة فقال قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لأن الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما منع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل أن يريد بها ما

فالظاهر أنه لا يخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولداً لا يعرفونه فالظاهر كذبها، ويحتمل أن تقبل دعواها مطلقاً لأن النسب يحتاط له فأشبهت الرجل وقد ذكرنا نحو ذلك في اللقيط

(فصل) وإن قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم المنازع لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الإسلام فوطئها والنسب يحتاط لأبائته ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشر سنين أو أكثر من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها

﴿مسئلة﴾ (ومن ثبت نسبه فجاءت أمه بعد موت المقر فادعت الزوجية لم يثبت بذلك) لأنها مجرد دعوى فلم تثبت بها زوجية كما لو كان حياً ولأنه يحتمل أن يكون من وطئه شبهة أو نكاح فاسد.

(فصل) وإن أقر رجل بنسب صغير لم يكن مقراً بزوجية أمه، وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة إذا كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لأن أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وهو أن يكون ولدته منه في نكاح صحيح

ولنا إن الزوجة ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن معروفة بالحرية وما ذكرناه لا يصح فإن النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء والنكاح الفاسد والشبهة فلا يلزم بحكم إقراره ما لم يوجب لفظ ولا يتضمنه

يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل، ويجبي على قول من قال بالرواية الاخرى ان يلزمه المحسوس التي ادعى قضاءها لان في ضمن دعوى القضاء اقرارا بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير بينة (فصل) وإن قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر كلام اصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكرك عليه شيئاً في الحال إنما أخبر بذلك فجاز في ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة به لم يثبت، ولنا أنه أقر بالوجوب ولم يذكرك ما رفعه فبقي على ما كان عليه ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما للآخر أنها كانت ملكه حكم بها له إلا أنه ههنا إن ماد قاضي القضاء أو الإبراء سمعت دعواه لانه لا تنافي بين اقراره وبين ما يدعيه

(فصل) وإن قال له علي ألف قضيته إياها لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل لانه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته، وقال ابن أبي موسى ان قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه ما أقربه وله الممين على المقر له ولو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لانه رفع بعض ما أقربه بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل. ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضا فان كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضاؤه يقتضي براءة ذمته

(فصل) إذا كان له أمة لها ثلاثة اولاد ولا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح وبطال بالبيان فان عين أحدهم ثبت نسبه وحرية، ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال بنكاح فعلى الولد الولاء والام والآخرون من أولادها رقيق، فان قال استولدها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولأه عليه والامه أم ولد ثم ان كان المقر به الاكبر فأخواه ابناً أم ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر قن والا صغر له حكم أمه وان عين الا صغر فأخواه رقيق قن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها ام ولد، وان قال هي من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوك وان مات قبل أن يبين اخذ ورثته بالبيان ويقوم بينهم مقام بيان فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأم ولا لولدها حكم الاستيلاء لانه محتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحداً منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم يكن قافة أقرع بينهم فمن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي لانه لا يورثه بالقرعة. ولنا أنه حر استندت حرية الى اقرار أبيه فورث كما لو عينه في اقراره

(فصل) إذا كان له أمتان لكل واحدة منهما ولد فقال أحدهما ولدي من أمتي نظرت فان كان لكل واحدة منهما زوج يمكن إلحاق الولد به لم يصح اقراره ولحق الولدان بالزوجين وان كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن إلحاقه به وان لم يكن لكل واحدة منهما زوج

منه ونحرى مطالبته به والأقرار به يقتضي ثبوته والقضاء يقتضي رفعه وهذان ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال كان له علي وقضيته فإنه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرتفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء ألف عليه وقد قضى بعضه، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلتب فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعمائة وخمسين أما القضاء فأنما يرفع جزءاً أكان ثابتاً فإذا ارتفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على البقاء

وان وصل أقراره بما يسقطه فقال له علي ألف من ثمن خر أو خنزير أو من ثمن طعام اشتريته فهلك قبل قبضه أو ثمن مبيع فاسد لم أقبضه أو تكفلت به على أبي بالخيار لزمه الألف ولم يقبل قوله في إسقاطه ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي أنه إذا قال له علي ألف زيوف ففسره برصاص أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزا أقراره إلى سببه فقبل كما لو عزا إلى سبب صحيح

ولنا أن هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي سلمها وكألو قال له علي ألف لا يلزمي أو يقول دفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وغير خاف تناقض كلامه فإن ثبوت ألف عليه في هذه المواضع لا يتصور وأقراره أخبار بثبوته فينتاين وأن سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلناه

ولكن أقر السيد بوطيها صارنا فراشا ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولدا بدموطه وإن أمكن في أحدهما دون الأخرى انصرف الأقرار إلى من أمكن لانه ولده حكماً، وإن لم يكن أقر بوطه واحدة منها صح إقراره وثبت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ثم يكلف البيان كما لو طلق احدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لان المرجع في ذلك إليه ثم يطلب بيان كيفية الولادة فإن قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه أم ولد وإن قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة قن لانها علفت بمملوك، وإن قال بوطه شبه فالولد حر الاصل والامة قن لانها علفت به في غير ملك، وإن ادعت الأخرى أنها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لان الاصل عدم الاستيلاء فأشبه ما لو ادعت ذلك من غير إقرار بشيء فإذا حلف رقت له ورق ولدها فإذا مات ورثه ولده المقر به وإن كانت أمه قد صارت أم ولد عتقت، وإن لم تصر أم ولد عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره عتق منها بقدر مملك وإن طابت قبل أن يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في إلحاق النسب وغيره فإذا بين كان كما لو بين الموروث، وإن لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامة وجهان (أحدهما) يكون رقيقاً لأن الرق الاصل فلا يزول بالاحتمال (والثاني) يتق لان الظاهر أنها ولدته في ملكه لانه أقر لولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي، فإن لم يكن وارث أو كان وارث لم يبين عرض على القافة فإن ألحقته بأحدهما ثبت نسبه وكان حكمه

(فصل) ولا يقبل رجوع المقر عن اقراره الا فيما كان حسداً لله تعالى بداراً بالشبهات ومحطات لاسقاطه فأما حقوق الأديين وحقوق الله تعالى التي لا تدار بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافاً فإذا قال هذه الدار لزيد لا بل لعمر أو ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر وهذا ظاهر أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يفرم لعمر شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما عليه الاقرار به وإنما منعه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ملكه الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رمى به في البحر ثم أقر به، وإن قال غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمر أو غصبتها من زيد وغصبتها من عمرو حكم بها لزيد ولزمه تسليمها إليه ويفرماً لعمر وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال في الآخر لا يضمن لما تقدم ولنا أنه أقر بالنصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بفصبه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر فالثوب للاول ويفرم قيمته للآخر ولا فرق في هذا الفصل بين أن يكون اقراره بكلام متصل أو منفصل

كما لو عين الوارث فإن لم تكن قافة أو كانت فلم تعرف اقرار بين الولدين فيعتق أحدهما بالقرعة لأن للقرعة مدخلا في اثبات الحرية وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب الابن لانا نيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لأنه لا يرجى انكشافه وقال أبو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن أبي ليلى مثل ذلك إلا أن يجعل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سمائهما والكلام في قسمة الحرية والسعاية ذكره في باب العتق

(مسئلة) (وان أقر بنسب أخ أو عم في حياة أبيه وحده لم يقبل وإن كان بعد موتهما وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب وإن كان معه غيره لم يثبت النسب والمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر)

إنا لم يقبل اقراره في حياتهما لأنه على غيره فلا يقبل فأما إن كان بعد الموت وهو الوارث وحده قبل اقراره وثبت النسب سواء كان المقر واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكام عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الموروث في ديونه والديون اني عليه وفي دماويه كذلك في النسب إلا أن يكون الميت قد نفاه فلا يثبت لأنه يحمل على غيره نسباً حكم بنفيه فإن كان وارثاً ومعه شريك في الميراث لم يثبت النسب لأنه لا يثبت في حق شريكه فوجب أن لا يثبت في حقه

(فصل) فان قال غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمر و لزمه دفعها الى زيد لاقراره له بأنها كانت في يده وهذا يقتضي كونها في يده بحق وملكها لعمر ولا ينافي ذلك لأنها يجوز ان تكون في يد زيد باجارة او طرية او وصية ولا يفرم لعمر شيئاً لانه لم يكن منه تفريط ، وفارق هذا ما اذا قال هذه الدار لزيد بل لعمر لانه أقر للثاني بما أقر به للاول فكان الثاني رجوعاً عن الاول لتعارضها وهما لا تمارض بين اقراريه وان قال ملكها لعمر وغصبها من زيد فكذلك لا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل ذكره القاضي وقيل يلزمه دفعها الى عمر ويفرمها لزيد لانه لما أقرها لعمر أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهو لعمر أو قال هو لعمر ودفعه الي زيد فكذلك على ما مضى من القول فيه (فصل) وان قال غصبتها من أحدهما أو هي لأحدهما صح الاقرار لانه يصح بالمجهول فيصح للمجهول ويطلب بالبيان فان عين أحدهما دفعت اليه ويحلف للآخر إن أدعاها ولا يفرم له شيئاً لانه لم يقر له بشيء ، وان قال لا اعرفه عينا فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيها وان كذبا فعليه اليمين أنه لا يعلم وتنزع من يده فان كان لأحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن له بينة أقر عينا بينهما فمن قرع صاحبه حلف وسلمت اليه وان بين الناصب بعد ذلك مالكا قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد منهما أنه المصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما أنه لم ينصبه فان حلف

وقد دل على ثبوت النسب باقرار الواحد اذا كان وارثاً حديث عائشة رضي الله عنها أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمة في ابن أمة زمة فقال سعد اوصاني اخي عتبة إذا قدمت ان انظر الى ابن أمة زمة واقبضه فانه ابنه فقال عبد بن زمة اخي وابن وليدة ابي ولد على فراشه فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمة ، الولد للفراش وللماهر الحجر » ففضى به لعبد بن زمة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي حنيفة انه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لانه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة

ولنا انه حق ثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولانه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كاقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لانه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبتل بالاقرار بالدين ولمقر له من الميراث ما فضل في يد المقر وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

(مسألة) (وان أقر من عليه الولاء بنسب وارث لم يقبل اقراره الا ان يصدقه مولاه)

لان الحق لمولاه فلا يقبل اقراره بما يسقطه ويتخرج ان يقبل بدونه ذكره في المحرر

(مسألة) (وان أقرت امرأة بنكاح على نفسها فهل يقبل ؟ على روايتين)

(إحداهما) يقبل لانه حق عليها فيقبل كما لو أقرت بمال (والاخرى) لا يقبل لانها تدعي النفقة

والكسوة والسكنى فلا يقبل

(المغني والشرح الكبير)

لا أحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لما جعيا فسلت الى أحدهما بقرعة أو غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه فقضي عليه كالوادعاها وحده (فصل) فان كان في يده عيذان فقال أحدهذين لزيد طوب بالبيان فان عين أحدهما فصدقه زيد اخذه، وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في العبد الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر فاقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد المقر به لكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في احد الوجهين وفي الاخر ينزع من يده لاعترافه بانه لا يملكه ويكون في بيت المال لانه لا مال له معروف فأشبه ميراث من لا يعرف وارثه فان ابى التعيين فمينه المقر له وقال هذا عبيدي طوب بالحجاب فان انكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين بقضى عليه وان اقر له فهو كتعيينه

(فصل) ولو أقر لرجل بعبد ثم جاءه به فقال : هذا الذي أقررت به فقال ليس هو هذا إنما هو آخر فعلى المقر اليمين انه ليس له عنده سواء ولا يلزمه تسليم هذا إلى المقر له لانه لا يدينه وإن قال: هذا لي ولي عندك آخر سلم اليه هذا وحلف له على نفي الآخر وكل من أقر لرجل بملك فكذبته بطل قراره لانه لا يثبت للانسان ملك لا يعترف به وفي المال وجهان (أحدهما) يترك في يد المقر لانه كان محكوماً له به فاذا بطل إقراره بقي على ما كان عليه (والثاني) يؤخذ الى بيت المال لانه

(مسئلة) (فان أقر المولى عليها به قبل ان كانت مجبرة)

لان المرأة لا قول لها في حال الاجبار وكذلك ان كانت مقرة بالاذن نص عليه وقيل لا يقبل الا على المجبرة من المحرر وان لم تكن مجبرة لم يقبل لانه إقرار على الغير فلم يلزمها كما لو أقر عليها بمال

(مسئلة) (وان أقر أن فلانة امرأته او أقرت ان فلانا زوجها فلم يصدق المقر له المقر إلا بعد موت المقر صح)

وورثته كما لو صدقه في حياته وقد ذكرنا فيما اذا اقر بنسب كبير عاقل بعد موته هل يرثه؟ على وجهين بناء على ثبوت نسبه فيخرج هنا مثله وان كان قد كذبه في حياته ففيه وجهان

(مسئلة) (وان اقر الورثة على موروهم بدين لزمهم قضاؤه من التركة فان اقر بعضهم لزمه بقدر ميراثه فان لم تكن تركة لم يلزمهم شيء)

إذا أقر الوارث بدين على موروته قبل اقراره بغير خلاف فعله ويتعلق ذلك بتركة الميت كما لو اقر به الميت في حياته فان لم يخلف تركة لم يلزم الوارث شيء لانه لا يلزمه اداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً، وان خلف تركة تعلق الدين بها وان احب الوارث تسليمها في الدين فله ذلك وان احب استخلاصها ووفاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه اقل الامرين من قيمتها او قدر الدين

لم يثبت له مالك وقيل يؤخذ فيحفظ حق يظهر ماله لانه لا يدعيه أحد ومذهب الشافعي مثل هذا، فان عاد أحدهما فكذب نفسه دفع اليه لانه يدعيه ولا منازع له فيه، وان كذب كل واحد منهما نفسه فرجع المقر عن اقراره وادعاه المقر له فان كان باقياً في يد المقر فالقول قوله مع يمينه كما لو لم يقر به لغيره (١) وان كان معدوماً بتلف أو اباق ونحوه بنير تعد من أحدهما فلا شيء فيه من بين ولا غيرها وإن كان بتعد من أحدهما فالقول فيه قول المقر مع يمينه كما لو كان باقياً فاذا حلف سقط عنه الضمان إن كان تلفه بتعديده ووجب له الضمان على الآخر إن كان تلفه بتعد منه والله أعلم

(١) من هنا الى آخر
الفصل زيادة من
بعض النسخ

﴿مسئلة﴾ قال (ومن أقر بشرة دراهم ثم سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه ثم قال زيوفاً أو صفاراً أو الى شهر كانت عشرة جياداً وافية حالة)

وجملته أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى إقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وكل درهم ستة دنانق واقتضى أن تكون جياداً حالة كما لو باعه بشرة دراهم وأطلق قائماً تلزمه كذلك، فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك، فان عاد فقال زيوفاً - بمعنى رديئة - أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة مثل دراهم طبرية كان

بمزلة الجاني فان كان الوارث واحداً فحكمه ما ذكرنا وان كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين باقرار الميت أو بينة أو اقرار جميع الورثة فكذلك وإذا اختار الورثة اخذ التركة وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخبرة اليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فان كانا اثنين لزمه انصف وان كانوا ثلاثة فعليه الثلث وبهذا قال النخعي والحكم والحسن واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوله وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهو أحد قولي الشافعي رجم اليه بعد قوله كقولنا لان الدين يتعاقب بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولانه يقول ما أخذه المنكر اخذه بغير استحقاق فكان غاصبا فيتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه اجني

ولنا انه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولانه اقرار يتعلق بحصته أو حصة أخيه فلا يجب عليه الا ما يخصه كالاقرار بالوصية و اقرار أحد الشريكين على مال الشركة ولانه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو اقرار الوارثين لم يلزمه الا نصفه فلم يلزمه باقراره أكثر من نصفه كالوصية ولان شهادته بالدين مع غيره تقبل، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لانه يجربها الى نفسه نفعاً فان كان عليه دين بينة أو اقرار الميت قدم على ما أقر به الورثة من المهر

كل درهم منها أربعة دوانيق وذلك ثلثا درهم، أو الى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه يرجع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو ودیعة أو غضباً، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والودیعة لانه أقر بفعل في عين ، وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبهه ما لو أقر بغصب عبد ثم جاء به معيها

ولنا أن إطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين وبفارق العبد فان العيب لا يمنع إطلاق اسم العبد عليه فاما إن وصفها بذلك بكلام متصل أو سكت للنفس أو اعترضته سلعة أو نحو ذلك ثم وصفها بذلك أو شيء منه قبل منه وذكر أبو الخطاب أنه يحتمل أن لا يقبل منه التأجيل وهو قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق فلم يقبل كما لو قال : له علي دراهم قضيته إياها وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إن قال : له علي عشرة دراهم ناقصة قبل قوله وإن قال صفاراً وللناس دراهم صفار قبل قوله أيضاً وإن لم تكن لهم دراهم صفار لزمه وازنة كما لو قال درهم لزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي .

ولنا أنه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لأن الدرام بعبرها عن الوازنة والناقصة والزيوف والحيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت

(فصل) قال رضي الله عنه (وإن أقر بحمل امرأة صح فإن القته ميتاً أو لم يكن حملاً بطل وإن ولدت حياً وميتاً فهو للحي وإن ولدتهما حين فهو بينهما سواء الذكر والأنثى ذكره ابن حامد) إذا أقر حمل امرأة بمال وعزاه الى ارث أو وصية صح وكان للحمل وإن أطلق فقال أبو عبد الله بن حامد يصح وهو أصح قولي الشافعي لانه يجوز أن يملك بوجه صحيح فصح له الاقرار المطلق كالطفل، فعلى هذا إن ولدت ذكر أو أنثى كان بينهما نصفين وإن عزاه الى ارث أو وصية كان بينهما على حسب استحقاقها لذلك وإن ولدت حياً وميتاً فالكل للحي لانه لا يخلو اما ان يكون الاقرار له عن ارث أو وصية وكلاهما لا يصح للبيت، وقال أبو الحسن التميمي لا يصح الاقرار الا أن يعزوه الى ارث أو وصية وهو قول أبي ثور والقول الثاني للشافعي لانه لا يملك بغيرهما، فإن وضعت الولد ميتاً كان قد عزا الاقرار الى ارث أو وصية عادت الى ورثة الموصي وموروث الطفل وإن أطلق الاقرار كاف ذكر السبب فيعمل بقوله فان تعذر التفسير بموته أو غيره بطل اقراره كمن أقر لرجل لا يعرف من اراد باقراره، وإن عزا الاقرار الى جهة غيره صححه فقال لهذا الحمل علي ألف أقرضتها أو ودیعة أخذتها منه فعلى قول التميمي الاقرار باطل وعلى قول ابن حامد ينبغي ان يصح اقراره لانه وصل باقراره ما يسقطه فيسقط ما وصله به كما لو قال له ألف لا يلزمني، وإن قال له علي ألف جعلتها له أو نحو ذلك فهي عدة لا يؤخذ بها، ولا يصح الاقرار للحمل الا اذا ثبت أنه كان موجوداً حال الاقرار على ما بين في الوصية له، وإن أقر لمسجد

به كما لو وصف الثمن به فقال : بعتك بعشرة دراهم مؤجلة ناقصة وثبوتها على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقييدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها ليس بصحيح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل بحقه ان الدراهم تثبت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتضي التسمية المطهرة سد باب الاقرار بها على صفها، وعلى ما ذكره لا سبيل له الى الاقرار بها إلا على وجه يؤخذ بغير ما هو واجب عليه فيفسد باب الاقرار، وقول من قال ان قوله صغاراً ينصرف إلى المقدار لا يصح لأن مساحة الدراهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغر والكبر في الوزن فيرجع الى تفسير انقر، فاما ان قال زيوفاً وفمرها بمغشوشة أو معيبة عيباً ينقصها قبل تفسيره وان فسرهما بنحاس أو رصاص أو مالا قيمة له لم يقبل لان تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره به رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل

(فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق في بلد أوزانهم ناقصة كطبرية كان درهمهم أربعة دوانيق وخوارزم كان درهمهم أربعة دوانيق ونصف ومكة درهمهم ناقص وكذلك المغرب، وفي بلاد دراهمهم مغشوشة كمصر والموصل ففيه وجهان (أولهما) يلزمه من دراهم البلد ودنانيره لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والأمان (والثاني) تلزمه الموازنة الخالصة من النش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف إليها بدليل ان بها تقدير نصب الزكاة ومقادير الديات فكذلك إطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب

أومضهم أو طريق وعزاء إلى سبب صحيح مثل أن يقول من غلة وقفه صح وان أطلق خرج على الوجهين وان لم يكن ثم حمل بطل الاقرار لانه أقر لغير شيء

(مسئلة) (وان أقر لكبير عاقل فلم يصدقه بطل اقراره في أحد الوجهين)

لانه اقرار بحق أشبه النسب فعلى هذا يقر المال في يد المقر لانه كان في يده فاذا بطل لإقراره بقي كأنه لم يقر به والوجه الثاني يؤخذ ان المال إلى بيت المال فيحفظه حتى يظهر مالكة لانه بإقراره خرج عن ملكه ولم يدخل في ملك المقر له وكل واحد منهما ينكر ملكه فهو كالمال الضائع يترك في بيت المال قال صاحب المحرر فعلى هذا الوجه أيهما غير قوله لم يقبل منه وعلى الاول ان عاد المقر فادعاه لنفسه أو لثالث قبل منه ولم يقبل بعدها عود المقر له أولاً الى دعواه، ولو كان عوده إلى دعواه قبل ذلك ففيه وجهان ولو كان المقر به عبداً أو نفس المقر بأن أقر برقها للغير فهو كغيره من الاموال على الاول وعلى الثاني يحكم بحريتهما .

باب ما يحصل به الاقرار

إذا ادعى عليه الفأ فقال نعم أو أجل أو صدقت أو انا مقر بها أو بدعواك كان مقراً ومثله أنا مقر بما ادعت لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً قالوا نعم) وان

في الحال فاخص بدرام الموضع الذي هافيه والاقرار إخبار عن حق سابق فانصرف الى دراهم الاسلام (فصل) وإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لان إطلاقه ينصرف اليه وإن فسرها بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لانه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت منها لانه لا يهتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لان إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في اليسر ولأنها ناقصة القيمة فلم يقبل تفسيره بها كالتناقصة وزناً ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة لان إطلاق الشرع الدراهم لا يتناولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فانه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الاسلام لانه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لان التصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده ونحو غيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أقيم ولم أقل * بذيالك الوادي وذياك من زهد
ولكن إذا ما حب شيء تولمت * به أحرف التصغير من شدة الوجد

قال اليس لي عندك الف؟ قال بلى كان اقراراً صحيحاً لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألسن بر بكم؟ قالوا بلى)

(مسئلة) (وان قال أنا أقر أو لا أنكر أو يجوز ان يكون محققاً أو عسى أو لعل أو أحسب أو أظن أو أقدر أو أخذ أو اتزن أو افتح كك لم يكن مقراً)

إذا قال أنا مقر لم يكن اقراراً لانه وعد بالاقرار في المستقبل وكذلك ان قال لا أنكر لانه لا يلزم من عدم الانكار الاقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنهما، وان قال يجوز أن يكون محققاً لم يكن اقراراً كذلك وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لانهما للترجي، وان قال أظن أو أحسب أو أقدر لم يكن مقراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وكذلك ان قال خذ أو اتزن أو افتح كك لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن أو افتح كك لشيء آخر

(مسئلة) (وان قال أنا مقر أو خذها أو اتزنها أو اقبضها أو احرزها أو هي صحاح فربما يكون مقراً؟ محتمل وجهين)

إذا قال أنا مقر ولم يزد احتمل ان يكون مقراً لان ذلك عقيب الدعوى فينصرف اليها وكذلك ان قال اقررت قال الله تعالى (قال أأقرتم واخذتم على ذلكم اصري؟ قالوا أقرنا) ولم يقولوا أقرنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم اقراراً ويحتمل ان لا يكون مقراً لانه يحتمل ان يريد غير ذلك مثل

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وازنة لان إطلاق الدراهم يقتضي وازنة وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فان كان في بلد يتعاملون بها عدداً من غير وزن فحكمه حكم ما لو أقر بها في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم مغموشة على ما فصل فيه

(فصل) وإذا أقر بدرهم ثم أقر بدرهم لزمه درهم واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه درهمان كما لو قال له علي درهم ودرهم، ولا فرق بين أن يكون الاقرار في وقت واحد أو في أوقات أو في مجلس واحد أو مجالس. ولنا انه يجوز ان يكون قد كرر الخبر عن الاول كما كرر الله تعالى الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً ولوطاً وشعيباً وإبراهيم وموسى وعيسى ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في أخرى كذا ههنا، فان وصف أحدهما وأطلق الآخر فكذلك لانه لا يجوز ان يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال، وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيده لما ذكرنا وإن وصفه في إحدى المرتين بغير ما وصفه في الأخرى فقال درهم من ثمن مبيع ثم قال له علي درهم من قرض أو درهم من ثمن ثوب ثم قال درهم من ثمن عبد أو قال درهم أبيض ثم قال درهم أسود فهما درهمان لأنهما متبايران

(فصل) وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما إذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي

ان يريد ان اقرر بالشهادة او بطلان دعواك ، وان قال خذها اذا زنيتها او اقبضها او احرزها لي أو هي صحاح فهل يكون مقراً؟ يحتمل وجهين ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولا يجوز ان يعطيه ما يدعيه من غير ان يكون واجباً عليه فأمره باخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقراراً لان الضمير يعود الى ما تقدم

(مسئلة) (وان قال له علي ألف ان شاء الله أو في علمي أو فيما أعلم أو قال اقضني ديني عليك ألفاً أو سلم إلي نوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها)

إذا قال لك علي ألف ان شاء الله كان مقراً نص عليه احمد وقال اصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق اقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله لا سبيل الى معرفته ولنا أنه وصل اقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه الى غير الاقرار فلزمه ما اقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي ألف الا ألفاً ولأنه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال له علي ألف ان شئت وان شاء في مشيئة الله وان قال له علي ألف الا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع، وان قال له علي ألف ان شئت وان شاء زيد لم يصح الاقرار وقال القاضي يصح لانه عقبه ما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله

أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة. ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فاشبهت الواو ثم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الاطلاق فلا يقبل تفسيره به كالمفسر الدراهم المطلقة بأنها زبوف أو صفار أو مؤجلة وإن قال له علي درهم ودرهمان لزمته ثلاثة وإن قال له علي درهم ودينار أو فدينار أو قفيز حنطة، ونحو ذلك لزمه ذلك كله وإن قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمته ثلاثة وحكي ابن أبي موسى عن بعض أصحابنا أنه إذا قال أردت بالثالث تأ كيد الثاني وبيانه أنه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني فظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف والعطف يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني، كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأ كيدا فوجب حمله على العدد وكذلك الحكم إذا قال له علي درهم فدرهم فدرهم أو درهم ثم درهم ثم درهم وإن قال له علي درهم ودرهم ثم درهم أو درهم ثم درهم ثم درهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لان الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين عليهما فلم يحتمل التأ كيد (فصل) وإن قال له علي درهم بل درهمان أو درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب لانه لما أقر بدرهم وأضرب عنه لزمه لانه لا يقبل رجوعه عما قر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما. ولنا انه انما نفى الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه

ولنا أنه علقه على شرط يمكن علمه فلم يصح كما لو قال له علي ألف ان شهد به فلان وذلك لان الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعلق على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تذكر في الكلام تبركاً وصلة وتفويضاً الى الله تعالى كقول الله تعالى (لندخلن المسجد الحرام إن شاء الله آمين) وقد علم الله سبحانه أنهم سيدخلونه بغير شك ويقول الناس صلينا إن شاء الله مع يقين صلاتهم بخلاف مشيئة الآدمي والثاني ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقوف الامر على وجودها ومشية الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الامر على وجودها والماضي لا يمكن وقفه فتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون لا اقراراً وعداً

(فصل) ولو قال بعثك ان شاء الله أو زوجتك ان شاء الله فقال أبو إسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه اذا قيل له قبلت بهذا النكاح فقال نعم إن شاء الله ان النكاح واقع وبه قال أبو حنيفة ولو قال بعثك بالف ان شئت فقال قد شئت وقبل صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب اذا وجد من البائم كان القبول الى مشيئة المشتري واختياره

(مسئلة) (وان قال له علي ألف في علمي أو فيما أعلم كان مقراً به) لان ما في علمه لا يحتمل إلا الوجوب ولو قال أقضيتني الألف الذي لي عليك؟ قال نعم كان مقراً به لانه تصديق لما ادعاه وان قال سلم الي ثوبي هذا أو فرسي هذه فقال نعم فقد أقر بها لما ذكرنا وان قال اشتر عبي هذا أو قال أعطني عبي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا

فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين، وان قال له علي درهم بل درهم ولكن درهم ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه درهم واحد لان احمد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق لا بل أنت طالق أنها لا تطلق الا واحدة وهذا في معناه وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كالأقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل الا ان الصحيح أنها لا تستعمل الا بعد الجحد الا ان يذكر بعدها جملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز، ونقيضه قول زفر وداد لان ما بعد الاضراب يغير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثنان كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمطوف غير المعطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولا أنا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لغواً وأضرا به عنه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً، ولو كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بمضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو ديناران أوله علي قفيز حنطة بل قفيز شعير أو هذا الدرهم بل هذان لزمه الجميع بغير خلاف لعنه لان الأولى لا يمكن أن يكون الثاني ولا بمضه فكان مقراً بهما ولا يقبل رجوعه عن شيء منها وكذلك كل جملتين أقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزماء، وان قال له علي درهمان بل درهم أو عشرة بل تسعة لزمه الاكثر لانه أضرب عن واحد ونفاه بعد اقراره به فلم يقبل نفيه

(مسئلة) (وان قال ان قدم فلان فله علي الف درهم لم يكن مقراً) لانه ليس بمقر في الحال وما لا يلزمه في الحال لا يصير واجباً عند وجود الشرط، وان قال له علي ألف ان قدم فلان فعلى وجهين (أحدهما) لا يكون اقراراً كالمسئلة قبلها (والثاني) يكون مقراً لانه قدم الاقرار فثبت حكمه وبطل الشرط لانه لا يصلح ان يكون أجلاً

(مسئلة) (وان قال له علي الف إذا جاء رأس الشهر كان اقراراً وان قال إذا جاء رأس الشهر فله علي الف فعلى وجهين) قال أصحابنا في المسئلة الاولى هو اقرار وفي الثانية ليس باقرار وهو منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله إذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد المحل فلا يبطل الاقرار بأمر محتمل وفي الثانية بدأ بالشرط فعلق عليه لفظاً يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقراراً مع الاحتمال ويحتمل انه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيره سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

(مسئلة) (وان قال له علي الف ان شهد به فلان أو إن شهد به فلان صدقته لم يكن مقراً) لانه يجوز أن يصدق الكاذب

(مسئلة) (وان قال ان شهد به فلان فهو صادق احتمل وجهين) (أحدهما) لا يكون اقراراً لانه

له بخلاف الاستثناء فانه لا ينفي شيئاً أقر به وإنما هو عبارة عن الباقي بعد الاستثناء فإذا قال له عشرة
الا درهما كان معناه تسعة

(فصل) وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان وان قال قبله درهم وبعده
درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعد تستعمل للتقديم والتأخير في الوجوب، وان قال له علي درهم فوق درهم
أو تحت درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتل فوق درهم
في الجودة أو فوق درهم لي وكذلك تحت درهم وقوله معه درهم يحتل معه درهم لي وكذلك مع
درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال وقال أبو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا
اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار فالظاهر انه
اقرار ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا
تحتة فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة وأصحابه ان قال فوق درهم لزمه
درهمان لان فوق تقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم واحد لان تحت تقتضي النقص
ولنا أن حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدهرم المقر به وجب أن
يكون المقر به درهما واحدا سواء ذكره بما يقتضي زيادة الجودة أو نقصها وان قال له علي درهم قبله دينار
أو بعده أو ففيز حنطة أو معه أو فوقه أو تحته أو مع ذلك فالقول في ذلك كالقول في الدرهم سواء

علقه على شرط فهي كالتالي قبلها (والثاني) يكون إقرارا في الحال لانه لا يتصور صدقه إلا أن يكون
ثابتاً في الحال وقد اقر بصدقه

(مسئلة) (وان اقر العربي بالمعجمة أو المعجمي بالعربية وقال لم أرد ماقلت فالقول قوله مع
يمينه لانه يحتمل أن يكون صادقا فلا يكون مقرا

باب الحكم فيما اذا وصل بقراره ما يغيره

إذا وصل بقراره ما يسقطه مثل ان يقول له علي ألف لا يلزمني أو قد قبضه أو استوفاه أو
ألف من ثمن خر أو تكفلت به علي أنني بالخيار لزمته الألف ولا يقبل قوله ذكره أبو الخطاب
وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي، وذكر القاضي إذا قال له علي ألف زيوف وفسره برصاص
أو نحاس لم يقبل لانه رفع كل ما اعترف به وقال في سائر الصور التي ذكرناها يقبل قوله لانه عزاء
اقراره الى سببه قبل كما لو عزاه الى سبب صحيح إلا في قوله علي ألف لا يلزمني

ولنا ان هذا يناقض ما أقر به فلم يقبل كالصورة التي قبلها وكما لو قال له علي ألف لا تلزمني أو
نقول رفع جميع ما أقر به فلم يقبل كاستثناء الكل وتناقض كلامه غير خاف فان ثبوت ألف عليه في
هذه المواضع لا يتصور واقاره اخبار بثبوته فتناقضنا وان سلم ثبوت الألف عليه فهو ما قلنا

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينهما وان قال من درهم لعشرة ففيه ثلاثة اوجه (أحدها) تلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا بداء الغاية وأول الغاية منها والى لا انتهائها فلا يدخل فيها كقوله تعالى (ثم آمموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ولزمه ما بينهما كالتي قبلها (والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره فان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان وكذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهما واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو الواحد على العشرة فيصير أحد عشرة ثم تضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(فصل) وان قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لانها أقل الجمع وان قال له علي دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمه ثلاثة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بدون العشرة لانها أقل جمع الكثرة وقال ابو يوسف ومحمد لا يقبل أقل من مائتين لان بها يحصل الغنى ونجيب الزكاة ولنا ان الكثرة والعظمة لا حد لها شرعا ولا لغة ولا عرفا وتختلف بالاضافات واحوال الناس فالثلاثة اكثر مما وها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل ان المقرر اراد كثيرة بالنسبة الى ما دونها او كثيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

(مسئلة) (وان قال له علي الف الا الف لم يصح) لانه استثنى الكل ولا يصح بغير خلاف لانه رجوع عن الاقرار وان قال الا ستمائة لم يصح وسنذكره ان شاء الله تعالى

(فصل) ولا يقبل رجوع المقرر عن اقراره الا ما كان حدا لله تعالى يدرك بالشبهات ويحتمل لاسقاطه فأما حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي لا تندرك بالشبهات كالزكاة والكفارات فلا يقبل رجوعه عنها ولا نعلم في هذا خلافا

(مسئلة) (وان قال كان له عندي الف وقضيت أو قضيت منه خمسمائة درهم فقال الخرقى ليس باقرار والقول قوله مع يمينه) وحكى ابن أبي موسى في هذه المسئلة روايتين (أحدهما) ان هذا ليس باقرار اختاره القاضي وقال لم اجد عن احمد رواية بغير هذا (والثانية) أنه مقر بالحق مدع لقضائه ف عليه البينة بالقضاء والا حلف غريمه واخذه اختاره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة لانه اقر بالدين وادعى القضاء بكلام منفصل ولانه رفع جميع ما أثبتته فلم يقبل كاستثناء الكل وللشافعي قولان كالذهيين، ووجه قول الخرقى أنه قول متصل تمكّن صحته ولا تناقض فيه فوجب ان لا يقبل كاستثناء البعض، وفارق المنفصل لان حكم الاول قد استقر بسكوته عنه فلا يمكن رفعه بعد استقراره ولذلك لا يرفع بعضه باستثناء ولا غيره فإني أتي بده من دعوى القضاء يكون دعوى مجردة لا تقبل الا بينة

(فصل) وان قال له علي درهمان في عشرة وقال اردت الحساب لزمه عشرون وان قال اردت درهمين مع عشرة ولم يكن يعرف الحساب قبل منه ولزمه اثنا عشرة لان كثيراً من العامة يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى وان كان من أهل الحساب احتمل ان لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال الفاظه لمعانيها في اصطلاحهم ويحتمل ان يقبل لانه لا يمنع ان يستعمل اصطلاح العامة وان قال اردت درهمين في عشرة لي لزمه درهمان لانه يحتمل مايقول وان قال درهمان في دينار لم يحتمل الحساب وسئل عن مراده، فان قال اردت العطف او معنى مع لزمه الدرهمان والدينار وان قال اسلمتهما في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم احداً نقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فلقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه ما اقر به وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له علي درهمان في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه إلى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والامضاء وإن كذبه المقر له فلقول قوله مع يمينه وله الدرهمان .

(فصل) وإن قال : له عندي درهم في ثوب أو في كبس أو زيت في جرة أو تبن في غرارة أو تمر في حراب أو سكين في قراب أو فص في خاتم أو كيس في صندوق ، أو قال غصبت منه ثوباً في منديل أو زيتاً في زق ففيه وجهان (أحدهما) يكون مقراً بالمظروف ودون الظرف هذا الاختيار ابن حامد

وأما استثناء الكل فتناقض لانه لا يمكن أن يكون عليه ألف وليس عليه شيء
(فصل) فان قال كان له علي الف وقضيته منه خمسمائة فالكلام فيه كالسكلام فيما اذا قال وقضيته وان قال له انسان عليك مائة لي فقال قد قضيتك منها خمسين فقال القاضي لا يكون مقراً بشيء لان الخمسين التي ذكر أنه قضاها في كلامه ما يمنع بقاءها وهو دعوى القضاء وباقي المائة لم يذكرها وقوله منها يحتمل انه يريد بها مما يدعيه ويحتمل مما علي فلا يثبت عليه شيء بكلام محتمل ويحيى على قول من قال بالرواية الاخرى انه يلزمه الخمسون التي ادعى قضاها لان في ضمن دعوى القضاء اقراراً بانها كانت عليه فلا تقبل دعوى القضاء بغير يمينه

(فصل) فان قال كان له علي الف وسكت لزمه الالف في ظاهر قول أصحابنا وهو قول ابي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يلزمه شيء وليس هذا باقرار لانه لم يذكر عليه شيئاً في الحال أما اخبر بذلك في زمن ماض فلا يثبت في الحال ولذلك لو شهدت البينة لم يثبت ولنا أنه اقرب بالوجوب ولم يذكر ما يرفعه فبقي على ما كان عليه، ولهذا لو تنازعا داراً فأقر أحدهما الآخر أنها كانت ملكه حكم بها له الا انه ههنا ان عاد قاعدى القضاء او البراء سمعت دعواه لانه لاتنافي بين الاقرار وبين ما يدعيه وهذا على احدى الروايتين

(فصل) وان قال له علي الف قضيت به اياه لزمه الالف ولم تقبل دعوى القضاء وقال القاضي تقبل

ومذهب مالك والشافعي لأن إقراره لم يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف المقر فلم يلزمه ، (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار وبصلح أن يكون مقراً به فلزمه كما لو قال له عندي عبد عليه عمامة وقال أبو حنيفة في الغصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لأن المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر أنه ظرف له في حال الغصب صار كما أنه قال غصبت ثوبا ومنديلا

ولنا انه يحتمل أن يكون المنديل للغاصب وهو ظرف للثوب فيقول: غصبت ثوبا في منديل لي ولو قال: هذا لم يكن مقراً بنصبه فاذا أطلق كان محتملا له فلم يكن مقراً بنصبه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها ، أو له علي ثوب في منديل ، وإن قال: له عندي جرة فيها زيت أو جراب فيه تمر ، أو قراب فيه سكين فعلى وجهين ، وإن قال له علي خاتم فيه فص فكذلك ويحتمل أن يكون مقراً به بفصه وجهاً واحداً لأن الفص جزء من أجزاء الخاتم فأشبهه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ولو قال: له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لأن اسم الخاتم يحجمها وإن قال: له علي ثوب مطرزلزمه الثوب بطرازه

(فصل) وإن قال: له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة ، أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ، وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون الفرش أو السرج لأن العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما

لأنه رفع ما أثبتته بدعوى القضاء متصلاً فأشبهه ما لو قال كان له علي وقضيته له وقال ابن أبي موسى إن قال قضيت جميعه لم يقبل إلا بينة ولزمه الالف الذي اقر به وله اليقين على المقر له وأما لو قال قضيت بعضه قبل منه في إحدى الروايتين لأنه رفع بعض ما اقر به بكلام متصل فأشبهه ما لو استثناء بخلاف ما إذا قال قضيت جميعه لسكونه رفع جميع ما هو ثابت فأشبهه استثناء الكل

ولنا أن هذا قول متناقض إذ لا يمكن أن يكون عليه الف قد قضاء فإن كونه عليه يقتضي بقاءه في ذمته واستحقاق مطالبته به وقضائه بمقتضى براءة ذمته منه وتحريم مطالبته به وهذا من ضدان لا يتصور اجتماعهما في زمن واحد بخلاف ما إذا قال له كان علي وقضيته فانه أخبر بهما في زمانين ويمكن أن يرفع ما كان ثابتاً ويقضى ما كان ديناً وإذا لم يصح هذا في الجميع لم يصح في البعض لاستحالة بقاء الف عليه قد قضى بعضه ، ويفارق الاستثناء فإن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عن الباقي من المستثنى منه فقول الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة إلا خمسين عاماً) عبارة عن تسعة وخمسين عاماً أما القضاء فانما يرفع جزءاً كان ثابتاً فاذا ارفع بالقضاء لا يجوز التعبير عنه بما يدل على القضاء

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (ويصح استثناء ما دون النصف ولا يصح فيما زاد عليه وفي النصف وجهان)

الاستثناء من الجنس - وهو ما دخل في المستثنى منه - جائز بغير خلاف علناه فإن ذلك كلام العرب وقد جاء في الكتاب والسنة قال الله تعالى (فلبث فيهم الف سنة إلا خمسين عاماً) وقال النبي

كان لصاحبها فصار كإمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجهما أو دار بفرشها أو سفينة بطماها كان مقراً بها بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول .

(فصل) وإن قال : له علي درهم أو دينار أو ما درهم وإما دينار كان مقراً بأحدهما يرجع في تفسيره اليه لأن أو وإما في الخبر كالشك وتقتضي أحد المذكورين لاجتماعهما، وإن قال : له علي إمدارهم وإمدارهم كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزمه بالشك .

﴿مسئلة﴾ قال (ومن اقر بشيء واستثنى منه الكثير وهو أكثر من النصف اخذ بالكل وكان استثناءه باطلا)

لا يختلف المذهب انه لا يجوز استثناء ما زاد على النصف ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك والشافعي وأصحابهم يصح ما لم يستثن الكل فلو قال : له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قوله تعالى قال (فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله تعالى (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) فاستثنى في موضع الغاوين من العباد وفي موضع العباد من الغاوين وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه إلا كثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة لانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل ،

﴿بكره عنه خطاياه كلها إلا الدين﴾ وذلك في كلام العرب كثير فاذا اقر بشيء واستثنى منه كان مقراً بالباقي بعد الاستثناء فاذا قال له علي مائة إلا عشرة كان مقراً بتسعين لان الاستثناء يمنع ان يدخل في اللفظ ما لولا له لدخل فانه لو دخل ما امكن اخراجه ولو اقر بالعشرة المستثناة لما قبل منه انكارها وقول الله تعالى (فلبت فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما) اخبار بتسعمائة وخمسين فالاستثناء بين ان الخمسين المستثناة غير مرادة كما ان التخصيص بين ان المخصوص غير مراد باللفظ العام، اذا ثبت ذلك فلا نعلم خلافا في جواز استثناء ما دون النصف وقد دل عليه ما ذكرنا من الكتاب والسنة (فصل) فأما استثناء ما زاد على النصف فلا يختلف المذهب انه لا يصح وهو كاستثناء الكل يؤخذ بالجميع ويحكي ذلك عن ابن درستويه التحوي وقال أبو حنيفة ومالك وأصحابهم يصح استثناء ما دون الكل فلو قال له علي مائة إلا تسعة وتسعين لم يلزمه إلا واحد بدليل قول الله تعالى (قال فبعتك لأغوينهم أجمعين إلا عبادك منهم المخلصين) وقوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان إلا من اتبعك من الغاوين) وأيهما كان الأكثر فقد دل على استثناءه إلا كثر وأنشدوا

أدوا التي نقصت تسعين من مائة ثم ابغوا حكماً بالحق قواما

فاستثنى تسعين من مائة ولانه في معنى الاستثناء ومشبه به ولانه استثنى البعض فجاز كاستثناء الأقل

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز في الاكثر كالتخصيص والبدل .

ولنا انه لم يرد في لسان العرب الاستثناء إلا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء إلا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر إلا يوماً ولا يقال صمت الشهر إلا تسعة وعشرين يوماً، ويقال لقيت القوم جميعهم إلا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم إلا أكثرهم، وإذا لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال : له علي عشرة بل خمسة فاما ما احتجوا به من النزول فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل، كما قال تعالى (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين، قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) مبقى على عمومته لم يستثن منه شيء ثم استأنف (إلا من اتبعك من الفاوين) أي لكن من اتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لا تباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة واما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا

ولانه رفع بعض ما تناوله اللفظ فجاز كالتخصيص والبدل .

ولنا أنه لم يرد في لسان العرب الاستثناء الا في الأقل وقد أنكروا استثناء الأكثر فقال أبو اسحاق الزجاج لم يأت الاستثناء الا في القليل من الكثير ولو قال قائل مائة الا تسعة وتسعين لم يكن متكلماً بالعربية وكان عيا من الكلام ولكنه، وقال القتيبي يقال صمت الشهر الا يوماً ولا يقال صمت الشهر الا تسعة وعشرين يوماً ويقال لقيت القوم جميعهم الا واحداً أو اثنين ولا يجوز أن يقول لقيت القوم الا أكثرهم وان لم يكن صحيحاً في الكلام لم يرتفع به ما أقر به كاستثناء الكل وكما لو قال له علي عشرة بل خمسة، واما ما احتجوا به من النزول فانه في الآية الاولى استثنى المخلصين من بني آدم وهم الأقل كما قال (إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم) وفي الآية الاخرى استثنى الفاوين من العباد وهم الأقل فان الملائكة من العباد وهم غير غاوين قال الله تعالى (بل عباد مكرمون) وقيل الاستثناء في هذه الآية منقطع بمعنى الاستدراك فيكون قوله (إن عبادي ليس لك عليهم سلطان) يبقى على عمومته لم يستثن منه شيء فيكون قوله (إلا من اتبعك من الفاوين) أي لكن من اتبعك من الفاوين فانهم غووا باتباعك، وقد دل على صحة هذا قوله في الآية الاخرى لا تباعه (وما كان لي عليكم من سلطان إلا أن دعوتكم فاستجبتم لي) وعلى هذا لا يكون لهم فيها حجة واما البيت فقال ابن فضال النحوي هو بيت مصنوع لم يثبت عن العرب على أن هذا ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة

ليس باستثناء فان الاستثناء له كلمات مخصوصة ليس ههنا شيء منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل ، والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استعملته في الأقل وحسنه ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه وجوزوه (فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرفي لتخصيصه الأبطال بما زاد على النصف لانه ليس بأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا القليل من الكثير والنصف ليس بقليل .

(فصل) وإن قال : له على عشرة إلا سبعة إلا خمسة إلا درهمين صح وكان مقراً بستة وذلك لانه إذا استثنى الكل أو الأكثر سقط ان وقف عليه وان وصله باستثناء آخر استعملناه لأن الاستثناء مع المستثنى منه عبارة عما بقي فان خمسة إلا درهمين عبارة عن ثلاثة استثنائها من سبعة بقي أربعة مستثناة من عشر بقي منها ستة وان قال : له على ثمانية إلا أربعة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء على قول أبي بكر لانه استثنى النصف وصح على الوجه الآخر فلزمه خمسة ، وإن قال : على عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً بطل الاستثناء كله على أحد الوجهين وصح في الآخر فيكون مقراً بسبعة ، ولو قال عشرة إلا ستة إلا أربعة إلا درهمين فهو على الوجه الذي يصح فيه الاستثناء مقراً بستة ، ولو قال ثلاثة إلا درهمين إلا درهماً كان مقراً بثلاثة فاما ان قال : له على ثلاثة إلا ثلاثة إلا درهمين بطل الاستثناء

ليس هذا منها والقياس لا يجوز في اللغة ثم نعارضه بأنه استثنى أكثر من النصف فلم يجوز كاستثناء الكل والفرق بين استثناء الأكثر والأقل ان العرب استحسنته في الأقل واستعملته ونفته في الأكثر وقبحته فلم يجوز قياس ما قبحوه على ما حسنوه

(فصل) وفي استثناء النصف وجهان (أحدهما) يجوز وهو ظاهر كلام الحرفي لانه ليس بالأكثر فجاز كالأقل (والثاني) لا يجوز ذكره أبو بكر لانه لم يرد في كلامهم إلا في القليل من الكثير والنصف ليس بقليل وهو أولى

(مسألة) (فإذا قال له علي هؤلاء العيد عشرة إلا واحداً لزمه تسليم تسعة) فان عينه فقال إلا هذا صح وكان مقراً بمن سواه وان قال إلا واحداً ولم يعينه صح لان الاقرار يصح مجهولاً فكذلك الاستثناء منه ويرجع في تعيين المسمى اليه لان الحكم يتعلق بقوله وهو أعلم بمراده به وإن عين من عدا المستثنى صح وكان الباقي له .

(مسألة) (فان ماتوا إلا واحداً فقال هو المستثنى فهل يقبل ؟ على وجهين) (أحدهما) يقبل ذكره القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي (والوجه الثاني) لا يقبل ذكره أبو الخطاب وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لانه يرفع به الاقرار كله ، والصحيح الاول لانه يقبل تفسيره به في حياتهم لمعنى هو موجود بعد موتهم فقبل كحالة حياتهم وليس هذا رفماً للاقرار وانما تعذر تسليم المقر

كأنه لان استثناء درهمين من ثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثناء الكل ولا أصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لأن الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني لانه فرعه (والثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الاقرار لانه وليه لبطان ما بينهما (والثالث) يصح ويكون مقرا بدرهمين لانه استثنى درهمين من ثلاثة فيبقى منها درهم مستثنى من الاقرار واستثناء الاكثر عندهم لا يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة إلا درهما بطل الاستثناء كله ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما في التي قبلها .

(فصل) وان قال : له علي ألف درهم إلا خمسين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس وإن قال : له علي ألف درهم إلا خمسين درهماً فالجميع دراهم كذلك وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وهو قول أبي ثور وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما يرجع في تفسيره اليه وهذا قول مالك والشافعي لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم تذكر تفسيراً له فيبقى على إيهامه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الاثبات الا من الجنس فمضى علم أحد الطرفين علم الآخر

به لتلفه لا لعنى يرجع الى التفسير فأشبه ما لو عينه في حياته فتلف بعد تعيينه فان قتل الجميع إلا واحداً قبل تفسيره بالباقي وجهاً واحداً لانه غير منهم لان المقر له يحصل له قيمة المقتولين بخلاف الموت فانه لا يحصل للمقر له شيء ، وان قتلوا كلهم فله قيمة أحدهم ويرجع في التفسير اليه ، وان قال غصبتك هؤلاء العبيد إلا واحداً قبل تفسيره به وجهاً واحداً لان المقر له يستحق قيمة المالكين فلا يفضي التفسير بالباقي الى سقوط الاقرار بخلاف ما اذا ماتوا

(فصل) وحكم الاستثناء بسائر أدواته حكم الاستثناء بالا فاذا قال له علي عشرة سوى درهم أو ليس درهماً أو خلا درهماً أو عدا درهماً أولاً يكون درهماً أو غير درهم بفتح الراء كان مقراً بدرهم وان قال غير درهم بضم الراء وهو من أهل العربية كان مفسراً بعشرة لانها تكون صفة للعشرة المقر بها ولا تكون استثناء فانها لو كانت استثناء كانت منصوبة وان لم يكن من أهل العربية لزمه تسعة لان الظاهر أنه يريد الاستثناء وإنما ضمها جهلاً منه بالعربية لا قصداً للصفة

(فصل) ولا يصح الاستثناء الا أن يكون متصلاً بالكلام فان سكت سكوتاً يمكنه الكلام فيه أو فصل بين المستثنى والمستثنى منه بكلام أجنبي لم يصح لانه اذا سكت وعدل عن اقراره الى نفي آخر استقر حكم ما أقر به فلم يرفع بخلاف ما إذا كان في كلامه فانه لا يثبت حكمه أو ينظر ما يتم به كلامه ويتعلق به حكم الاستثناء والشرط والبدل ونحوه

من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فما ثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول التميمي يستل عن المستثنى منه فان فسر به بغير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرهما ينظر في المستثنى إن كان مثل المستثنى منه أو أكثر بطل وإلا صح .

(فصل) وان قال : له علي تسعة وتسعون درهما فجميع دراهم لا أعلم فيه خلافاً وان قال مائة وخمسون درهما فكذلك ، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال ألف وثلاثة دراهم أو خمسون درهما وألف درهم أو ألف ومائة درهم أو مائة وألف درهم والصحيح ما ذكرنا فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً لجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى يخبر أعن أحد الخصمين انه قال (إن هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث ان رسول الله ﷺ توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي أبو بكر وهو ابن ثلاث وستين سنة وتوفي عمر وهو ابن ثلاث وستين سنة ، وقال عنترة

فيها اثنتان وأربعون حلوبة سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا تجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً لجميع ما قبله لانها تحتاج إلى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب حمله على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة ، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس انفسر او قال : بتك هذا مائة وخمسين درهما ، أو بخمسة وعشرين درهما ، لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه .

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار إلا هذا البيت لي قبل منه لان الاول استثناء فلا يدخل البيت في اقراره والثاني في معنى الاستثناء لكونه اخرج بعض ما يتناوله اللفظ بكلام متصل وسواء كان البيت أكثر من نصف الدار أو أقل

(مسئلة) (وإن قال له علي درهما وثلاثة ادرهين فهل يصح على وجهين ؟)
(أحدهما) يصح لان الاستثناء يعود الى الجملتين وهو أقل من النصف (والثاني) لا يصح لانه يعود الى اقرب المذكورين فيكون استثناء أكثر من النصف

(مسئلة) (وان قال له علي درهم ودرهم الادرها أو ثلاثة ودرهما لإلادرهين أو ثلاثة ونصف الا نصفاً أو الادرها أو خمسة وتسعون الا خمسة لم يصح الاستثناء .

ولزمه جميع ما اقر به قبل الاستثناء وهذا قول الشافعي وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة وفيه وجه آخر انه يصح لان الواو العاطفة تجمع بين العددين وتجعل الجملتين كالجمل الواحدة وعندنا ان الاستثناء إذا تعقب جملاً معطوفاً بعضها على بعض بالواو عاد الى جميعها كقولنا في قوله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا) ان الاستثناء عاد الى الجملتين فاذا تاب الفاذف قبلت شهادته ومن ذلك قول النبي ﷺ « لا يؤمن الرجل في سلطانه ولا يجلس على تكرمه

(فصل) وإن قال : له علي ألف ودرهم أو ألف وثوب أو قفيز خنطة فالجمل من جنس المفسر أيضاً وكذلك لو قال ألف درهم وعشرة أو ألف ثوب وعشرون وهذا قول القاضي وابن حامد وأبي ثور وقال اسمعيني وأبو الخطاب يرجع في تفسير الجمل اليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا) ولأن الألف مبهم فرجع في تفسيره إلى المذكر كما لو لم يعطف عليها، وقال أبو حنيفة إن عطف على المبهم مكيلا أو موزونا كان تفسيراً له وإن عطف مذكروا أو معدودا لم يكن تفسيراً لأن علي للإيجاب في الذمة فإذا عطف عليه ما يثبت في الذمة بنفسه كان تفسيراً كقوله مائة وخمسون درهماً. ولنا أن العرب تكفي بتفسير إحدى الجملتين عن الجملة الأخرى قال الله تعالى (ولبنوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعاً) وقال الله تعالى (عن البين وعن الشمال قعيد) ولأنه ذكر مبهماً مع مفسر لم يقدح في الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهماً أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً يحققه أن المبهم يحتاج إلى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره فوجب حمل الأمر على ذلك، أما قوله (أربعة أشهر وعشراً) فإنه امتنع أن يكون العشر أشهراً الوجهين (أحدهما) أن العشر بغيرهاء عدد للمؤنث والأشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغيرها (الثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الألف مبهم قلنا قد قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهماً أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فإن قيل إذا قال مائة وخمسون درهماً فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يزداد به العدد فصلاح تفسيراً لجميع

الأبانه « قال شيخنا والاول أولى لأن الواو لم تخرج الكلام من أن يكون جملتين والاستثناء رفع أحدهما جميعاً ولا نظير لهذا في كلامهم ولأن صحة الاستثناء تجعل إحدى الجملتين مع الاستثناء لغواً لأنه أثبت شيئاً بلفظ مفرد ثم رفعه كله فلا يصح كما لو استثنى منها وهي غير معطوفة على غيرها فأما الآية والخبر فإن الاستثناء لم يرفع إحدى الجملتين إنما أخرج من الجملتين معاً من اتصف بصفة فنظيره قوله للبواب من جاء يستأذن فأذن له وأعطه درهماً إلا فلاناً ونظير مسئلتنا ما لو قال أكرم زيداً وعمراً إلا عمراً

(مسئلة) وإن قال له علي خمسة إلا درهمين ودرهماً لزمته الخمسة في أحد الوجهين

لأنه استثنى أكثر من النصف وفي الآخر يلزمه ثلاثة ويبطل الاستثناء الثاني

(مسئلة) (ويصح الاستثناء من الاستثناء)

فإذا استثنى استثناء بعد استثناء وعطف الثاني على الأول كان مضافاً اليه فإذا قال له علي عشرة إلا ثلاثة والا درهمين كان مستثنياً الخمسة مقرأً بخمسة فإن كان الثاني غير معطوف على الأول كان استثناء من الاستثناء وهو جائز في اللغة قال الله تعالى (أنا أرسلنا إلى قوم مجرمين إلا آل لوط أنا لمنجهم أجمعين إلا امرأته قدرنا أنها لمن الفاجرين) فإذا كان صدر الكلام اثباتاً كان الاستثناء الأول نفيّاً والثاني اثباتاً فإن استثنى استثناء ثالثاً كان نفيّاً يعود كل استثناء إلى ما يليه من الكلام فإذا

ما قبله بخلاف قوله مائة درهم فإنه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قذا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية إلى التفسير فوجب حمل الأمر على ذلك صيانة للكلام المقرر عن الالباس والانهام وصرفه إلى البيان والافهام، وقول أصحاب أبي حنيفة أن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب أن يكون المبهم من جنس المفسر فاما أن لم يمكن مثل أن يعطف عدد المذكر على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على مبهماه كالمال قال له علي أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) قال (وإذا قال له عندي عشرة دراهم ثم قال وديعة كان القول قوله)

وجملته أن من أقر بهذا اللفظ فقال له عندي دراهم ثم فسر اقراره بأنها وديعة قبل تفسيره لا نعلم فيه اختلافاً بين أهل العلم سواء فسره بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظه بما يقتضيه فقبل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فمضى ذلك تثبت فيها أحكام الوديعة حيث لو ادعى تلغها بعد ذلك أو ردها كان القول قوله، وإن فسرها بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغاظ وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمها ولم يقبل قوله وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليست عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله

قال له سبعة إلا ثلاثة إلا درهما لزمته خمسة لأنه أثبت سبعة ثم نفى منها ثلاثة ثم أثبت درهما وبقي من الثلاثة المنفية درهمان مستثنيان من السبعة فيكون مقراً بخمسة

(مسئلة) (وإن قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة إلا درهين لزمه عشرة)

على قول أبي بكر لأنه منع استثناء النصف وفي الوجه الآخر يلزمه ستة لأن الاستثناء إذا رفع الكل أو الأكثر سقط إن وقف عليه وإن وصله باستثناء آخر استعمالناه فاستعملناه الاستثناء الأول لوصله بالثاني لأن الاستثناء مع المستثنى عبارة عما بقي فإن عشرة إلا درهما عبارة عن تسعة فإذا قال له علي عشرة إلا خمسة إلا ثلاثة صح استثناء الخمسة لأنه وصلها باستثناء آخر وكذلك صح استثناء الثلاثة والدرهين لأنه وصل ذلك باستثناء آخر والاستثناء من الإثبات نفى ومن النفي إثبات فصح استثناء الخمسة وهو نفى فني خمسة وصح استثناء الثلاثة وهي إثبات فعادت ثمانية وصح استثناء الدرهمين وهي نفى فبقيت ستة ولم يصح استثناء الدرهم لأنه مسكوت عليه ويحتمل أن يكون وجه الستة أن يصح استثناء النصف ويطلب الزائد فيصح استثناء الخمسة والدرهم ولا يصح استثناء الثلاثة والاثنتين (والوجه الثالث) يلزمه سبعة إذا صححنا الاستثناءات كلها فإذا قال عشرة إلا خمسة بقي خمسة فإذا قال إلا ثلاثة عادت ثمانية لأنها إثبات فإذا قال إلا درهين كانت ثمانية فبقي ستة فإذا استثنى درهما كان مثبتاً فصارت سبعة (والوجه الرابع) يلزمه ثمانية لأنه يلغى الاستثناء الأول لكونه النصف فإذا قال إلا ثلاثة كانت مثبتة وهي مستثناة

يجب أن يكون مردودا وقال القاضي بقبول قوله لان أحد قال في رواية ابن منصور اذا قال لك عندي وديعة دفعتها اليك صدق لانه ادعى تلف الوديعة أوردتها فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل وان قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) قال (ولو قال له علي الف ثم قال وديعة لم يقبل قوله)

وجملة ذلك أنه اذا أقر بدراهم بقوله علي كذا ثم فسرهم بالوديعة لم يقبل قوله فلو ادعى بعد هذا تلفها لم يقبل قوله وهذا قال أبو حنيفة والشافعي، وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة واذا ادعى بعد ذلك تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضا لان الوديعة عليه حفظها وردّها فاذا قال علي وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال علي الف وديعة ولان حروف الصفات بخلف بعضها بعضاً فيجوز ان يستعمل علي بمعنى عندي كما قال الله تعالى اخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولهم علي ذنب) أي عندي. ولنا ان علي لا يجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته وكذلك لو قال ما علي فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه انما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف اليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والافرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل انه لو قال له علي دراهم لزمته ثلاثة دراهم وان جاز التمييز بلفظ الجمع عن اثنين وعن واحد كقول الله تعالى (فان كان له اخوة فلا ماله السدس) ومواضع كثيرة في القرآن، ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم

من الخمسة وقد بطلت فبطل الثلاثة أيضاً لبطلان الخمسة ويبقى الاثنان لانها نفي والنفي يكون من اثبات، وقد بطل الاثبات الذي قبلها فتكون منفية من العشرة تبقى ثمانية ولا يصح استثناء الواحد من الاثنين لانه نصف.

(فصل) فان قال له علي ثلاثة الا ثلاثة الا درهمن بطل الاستثناء كله لان الاستثناء لدرهمن من الثلاثة استثناء الاكثر وهو موقوف عليه فبطل فاذا بطل الثاني بطل الاول لانه استثنى الكل ولاصحاب الشافعي في هذا ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاستثناء لان الاول بطل لكونه استثناء الكل فبطل الثاني من الافرار لانه فرعه (الثاني) يصح ويلزمه درهم لان الاستثناء الاول لما بطل جعلنا الاستثناء الثاني من الافرار لانه وليه لبطلان ما بينهما ويصح (الثالث) ويكون مقراً بدرهمن لانه استثناء لاكثر واستثناء الاكثر عندهم يصح ووافقهم القاضي في هذا الوجه، وان قال ثلاثة الا ثلاثة الا درهما بطل الاستثناء كله، ويجيء على قول أصحاب الشافعي فيه مثل ما قلنا في التي قبلها

(مسئلة) (ولا يصح الاستثناء من غير الجنس نص عليه)

وهذا قال زفر ومحمد بن الحسن وقال أبو حنيفة ان استثنى مكيلاً أو موزوناً جاز وان استثنى عبداً أو ثوباً من غير مكيل أو موزون لم يجز، وقال مالك والشافعي يصح الاستثناء من غير الجنس مطلقاً لانه ورد في الكتاب العزيز ولغة العرب قال الله تعالى (واذ قلنا لللائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا

فخذت المضاف وأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه، ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً وأقت اللام مقام على كقول الله تعالى (وإن أسأمت فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الإقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم بالناقصة والزائفة والمؤجلة، وأما إذا قال لك علي ألف ثم قال كان وديعة فتلف لم يقبل قوله لأنه متناقض وقد سبق نحوه من هذا

(فصل) وإن قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي أقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي أقررت بها غير ها وهي دين عليك فقول الخرق يقتضي أن القول قول المقر له وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي أقول قول المقر مع بيئته وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقهما ما تقدم وإن كان قال في إقراره لك علي مائة في ذمتي فإن القاضي وافق هنا في أنه لا يقبل قول المقر لأن الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لأنه لا يحتمل في ذمتي أدائها ولأنه يجوز أن يكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولا سحاب الشافعي في هذه وجهان، فأما أن وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لأنه وصل كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له علي دراهم ناقصة وإن قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لأنهما قد تعدى فيها فتكون ديناً وإن قال أردت أنه شرط علي ضمانها لم يقبل لأنها تصير بذلك ديناً وإن قال عنده مائة وديعة شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لأن الوديعة لا تصير بالشرط مضمونة، وإن قال علي وعندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكما بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لأن ما ضمن في العقد الصحيح ضمن في الفاسد، وإن قال أودعني مائة فلم أقبضها أو أقرضني مائة فلم آخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل إذا كان منفصلاً وهكذا إذا قال نقدني مائة فلم أقبضها وهذا قول الشافعي

ابليس كان من الجن) وقال سبحانه (لا يسمعون فيها لغواً إلا سلاماً) وقال الشاعر:

وبلدة ليس بها أنيس إلا العافير وإلا العيس

وقال آخر: أعت جواباً وما بالربع من أحد إلا أوارى لا يأمأ أينها

ولنا أن الاستثناء صرف اللفظ بحرف الاستثناء عما كان يقتضيه لولاه وقيل إخراج بعض ما تناوله المستثنى منه مشتق من قواء ثبت فلا ما عن رأيه إذا صرفته عن رأيي كان عازماً عليه وثبت عنان دأبي إذا صرفتها به عن وجهها التي كانت تذهب إليها، وغير الجنس المذكور ليس بداخل في الكلام فإذا ذكره فما صرف الكلام عن صوبه ولا ثناء عن وجهه استرساله فلا يكون استثناء وإنما سمي استثناء تجوزاً وإنما هو في الحقيقة استدراك وإلا هنا بمعنى لكن هكذا قال أهل العربية منهم ابن قتيبة وحكاه عن سيويه والاستدراك لا يأتي إلا بعد الجحد ولذلك لم يأت الاستثناء في الكتاب العزيز من غير الجنس إلا بعد التفي ولا يأتي بعد الإثبات إلا أن يوجد بعد جملة إذا تقرر هذا فلا مدخل للاستدراك في الإقرار لأنه إثبات المقر به فإذا ذكر الاستدراك بعده كان باطلاً وإن ذكر بعده جملة فإنه قال له عندي مائة درهم إلا نوباً لي عليه فيكون مقرأاً لشيء مدعياً لشيء سواه فيقبل إقراره وبطل دعواه

(فصل) فإن قال له في هذا العبد ألف أوله من هذا العبد ألف طوبى بالبيان فإن قال نقد عني ألفي ثمنه كان قرضاً، وإن قال نقد في ثمنه ألفاً فلناين كم ثمن العبد وكيف كان الشراء فإن قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وإن قال وزنت الفين كان مقراً بثلثه والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو أقل لأنه قد يغبن وقد يغبن، وإن قال اشتريته بإيجابين قيل فكم اشتري منه فإن قال نصفاً أو ثلثاً أو أقل أو أكثر قيل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وإن قال وصي له بألف من ثمنه يبيع وصرف إليه من ثمنه ألف وإن أراد أن يعطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لأن الموصى له يتعين حقه في ثمنه، وإن فسر ذلك بألف من جناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله يبيع العبد ودفع الألف من ثمنه، وإن قال أردت أنه رهن عنده بألف ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأن حق المرتهن في الذمة (والثاني) يقبل لأن الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي كما ذكرنا في الفصل جميعه

(فصل) وإن قال له في مالي هذا ألف أو من مالي ألف وفسره بدين أو وديعة أو وصية فيه قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره لأن ماله ليس هو لغيره ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال في مالي ويجوز أن يضيف إليه مالا بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به أو يد له عليه أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤثتوا السفهاء أموالكم

كما لو صرح بذلك بغير لفظ الاستثناء، وأما قوله تعالى (فسجدوا إلا إبليس) فإن إبليس كان من الملائكة بدليل إن الله تعالى لم يأمر بالسجود غيرهم فلو لم يكن منهم لما كان مأموراً بالسجود ولا طاعياً بتركه ولا قال الله تعالى في حقه (ففسق عن أمر ربه) ولا قال (ما منعك أن تسجد إذا أمرتك) وإذا لم يكن مأموراً فلم أبلسه الله وأهبطه وحرره ولا يأمر الله بالسجود إلا الملائكة، فإن قالوا بل قد تناول الأمر الملائكة ومن كان معهم فدخل إبليس في الأمر لكونه معهم قلنا فقد سقط استدلالكم فإنه متى كان إبليس داخل في المستثنى منه مأموراً بالسجود فاستثنأه من الجنس وهو ظاهر لمن أنصف إن شاء الله تعالى. فعلى هذا متى قال له علي مائة درهم الأتوباً لزمته المائة لأن الاستثناء باطل على ما بينا (مسئلة) (إلا ان يستثنى عيناً من ورق أو ورقاً من عين فيصح)

ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يصح (فاذا قال له علي مائة درهم الأديتاراً فهل يصح؟ على وجهين) اختلف أصحابنا في صحة استثناء أحد التقدين من الآخر فذهب أبو بكر إلى أنه لا يصح لما ذكرنا وهو قول محمد بن الحسن وقال ابن أبي موسى فيه روايتان واختار الخرقى صحته لأن قدر أحدهما معلوم من الآخر ويعبر بأحدهما عن الآخر فإن قوما يسمون تسعة دراهم ديناراً وآخرون يسمون ثمانية ديناراً فإذا استثنى أحدهما من الآخر علم أنه أراد التعبير بأحدهما عن الآخر فإذا قال له علي دينار إلا ثلاثة دراهم في موضع يعبر فيه بالدينار عن تسعة كان معناه له علي تسعة دراهم إلا ثلاثة ومتى أمكن حمل الكلام

التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا (وقال سبحانه في النساء (لا تجرحوهن من بيوتهن) وقال لازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل اقراره مع احتمال صحته وان قال أردت هبة قبل منه لانه محتمل وان امتنع من تقبيلها لم يجبر عليه لان الهبة فيها لا تلزم قبل القبض ، وكذلك يخرج فيما اذا قال لفلان في داري هذه نصفها أو من داري بعضها ، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية منها فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يجز الا أن يقول قد وهبته ، وان قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا و نقل ابن منصور اذا قال فرسي هذه لفلان فائقراره جائز ، فظاهر هذا صحة الاقرار فان قال له في هذا المال نصفه أوله نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وإن قال له في هذا المال الف صح وان قال له في ميراث أبي الف فهو اقرار بدين على التركة وان قال في ميراثي من أبي وقال أردت هبة قبل منه ولا به اذا أضاف الميراث الى أبيه فمقتضاه ما خلفه فيقتضي وجوب المقر به فيه ، واذا أضاف الميراث الى نفسه فمعناه ما ورثته وانتقل الي فلا يحمل على الوجوب واذا أضاف اليه منه جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا من ماله

(فصل) وان قال له في هذا العبد شركة صح اقراره وله تفسيره بأي قدر كان منه وقال أبو يوسف يكون مقرا بنصفه لقوله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فافتضى ذلك التسوية بينهم كذا ههنا

على وجه صحيح لم يجز النفاذ وقد أمكن بهذا الطريق فرج تصحيحه وقال أبو الخطاب لا فرق بين الدين والورق وبين غيرها فيلزم من صحة استثناء أحدهما من الآخر صحة استثناء الثياب وغيرها وقد ذكرنا الفرق ويمكن الجمع بين الروايتين بحمل رواية الصيغة على ما اذا كان أحدهما يعبر به عن الآخر أو يعلم قدره منه ورواية البطلان على ما اذا اتفق ذلك والله أعلم

(فصل) ولو ذكر نوعا من جنس واستثنى نوعا آخر من غير ذلك الجنس مثل ان يقول له علي عشرة أصع تمرأ برنيا الا ثلاثة تمرأ معقيا لم يجز لما ذكرنا في الفصل الاول ويخالف المين والورق لان قيمة أحد النوعين غير معلومة من الآخر ولا يعبر بأحدهما عن الآخر ويحتمل على قول الحرقى جوازه لتقارب المقاصد من النوعين فهما كالعين والورق والاول أصح لان العلة الصحيحة في العين والورق غير ذلك

(فصل) قال الشيخ رضي الله عنه (اذا قال له علي الف درهم ثم سكت سكوتا يمكنه ان يكلام فيه ثم قال زيوفا أو صغارا أو الى شهر لزمه الف جياذ وافية حالة)

وجملة ذلك أن من أقر بدراهم وأطلق اقتضى اقراره الدراهم الوافية وهي دراهم الاسلام كل عشرة منها سبعة مثاقيل واقتضى أن تكون جياذا حالة كما لو باعه بعشرة دراهم وأطلق فانها تلزمه كذلك فاذا سكت سكوتا يمكنه الكلام فيه أو أخذ في كلام آخر غير ما كان فيه استقرت عليه كذلك

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس اطلاق لفظ الشركة على ما دون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية تثبت التسوية فيها بدليل وكذلك الحكم اذا قال هذا العبد شركة بيننا

(فصل في الاقرار بالجهول)

وإذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره وهذا لا خلاف فيه ويفارق الدعوى حيث لا تصح مجهولة لكون الدعوى له والاعتراف عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصح دعواه فله داع إلى تحريرها والمقر لا داعي له إلى التحرير ولا يؤمن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فالزمناء إياه مع الجهالة فان امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعل ناكلاً ويؤمر المقر له بالبيان فان بين شيئاً فصدقه المقر بتب وإذ كذبه وامتنع من البيان قيل له إن يثبت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول أصحاب الشافعي ، إلا أنهم قالوا إن يثبت وإلا حلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فان فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر، ووجه الاول انه ممنوع من حق عليه فيحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ومع ذلك متى عينه المدعي وادماه فشكل المقر فهو على ما ذكره وإن مات من عليه الحق أخذ ورثته بمثل ذلك

فان ماد فقال زيوفاً أو صفاراً وهي الدراهم الناقصة وهي دراهم طبرية كان كل درهم منها أربعة دنانير وذلك ثلثا درهم، أو إلى شهر يعني مؤجلة لم يقبل منه لانه رجوع عن بعض ما أقر به ويرفعه بكلام منفصل فلم يقبل كالاستثناء المنفصل وهذا مذهب الشافعي ، ولا فرق بين الاقرار بها ديناً أو وديعة أو غصباً ، وقال أبو حنيفة يقبل قوله في الغصب والوديعة لانه اقرار بفعل في عين وذلك لا يقتضي سلامتها فأشبه ما لو أقر بنصب عبد ثم جاء به نصيباً

ولنا ان اطلاق الاسم يقتضي الوازنة الحياد فلم يقبل تفسيره بما يخالف ذلك كالدين ويفارق العبد فان العيب لا يمنع اطلاق اسم العبد عليه

(مسألة) (ألا أن يكون في بلد أوزانهم ناقصة أو مفشوشة فهل يلزمه من دراهم البلد أو من غيرها ؟ على وجهين (أولهما) أنه يلزمه من دراهم البلد لان مطلق كلامهم يحمل على عرف بلدهم كما في البيع والصداق وغير ذلك (والثاني) يلزمه الوازنة الخالصة من الغش لان اطلاق الدراهم في الشرع ينصرف اليها بدليل ان بها تقدر نصب الزكوات ومقادير الديات فكذلك اطلاق الشخص، وفارق البيع فانه إيجاب في الحال فاخص بدراهم الموضع الذي هما فيه والاعتراف اخبار عن حق سابق فانصرف الى درهم الاسلام

لأن الحق ثبت على موروثهم فيسقط بتركته وقد صارت إلى الورثة فيلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً وإن لم يخلف الميت ركة فلا شيء على الورثة، ومتى فسر إقراره بما يتمول في العادة قبل تفسيره وثبت إلا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أو لا يدعي شيئاً فيسقط إقراره وإن فسره بما لا يتمول عادة كقشرة جوزة أو قشرة باذنجانة لم يقبل إقراره لأن إقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة، وكذلك إن فسره بما ليس بمال في الشرع كالحجر والحزير والمينة لم يقبل وإن فسره بكتاب لا يجوز اقتناؤه فكذلك وإن فسره بكتاب يجوز اقتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (أحدهما) يقبل لأنه شيء يجب رده عليه وتسليمه إليه فالإيجاب يتناوله، (والثاني) لا يقبل لأن الأقرار لإخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وإن فسره بحبة خنطة أو شمع ونحوها لم يقبل لأن هذا لا يتمول عادة على انفراده وإن فسره بمقدار قذف قبل لأنه حق يجب عليه ويحتمل أن لا يقبل لأنه لا يؤول إلى مال والاول أصح لأن ما ثبت في الذمة صح أن يقال هو علي، وإن فسره بحق شفعة قبل لأنه حق واجب ويؤول إلى المال، وإن فسره برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لأنه يسقط بفواته فلا يثبت في الذمة، وهذا الإقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره به إذا أراد أن حقاً علي رد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته « وذكر الحديث وإن قال غصبته شيئاً وفسره بما ليس بمال قبل لأن اسم الغصب يقع عليه، وإن قال غصبته نفسه لم يقبل لأن

(فصل) فإن أقر بدراهم وأطلق ثم فسرها بسكة البلد الذي أقر بها فيه قبل لأن إطلاقه ينصرف إليه وإن فسر بسكة غير سكة البلد أجود منها قبل لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وكذلك إن كانت مثلها لأنه لا يتم في ذلك، وإن كانت أدنى من سكة البلد لكنها مساوية في الوزن احتمل أن لا يقبل لأن إطلاقها يقتضي دراهم البلد ونقده فلا يقبل منه دونها كما لا يقبل في البيع ولأنها ناقصة القيمة أشبهت الناقصة في الوزن ويحتمل أن يقبل منه وهو قول الشافعي لأنه يحتمل ما فسره به وفارق الناقصة فإن في الشرع الدراهم لا تتأولها بخلاف هذه ولهذا يتعلق بهذه مقدار النصاب في الزكاة وغيره وفارق الثمن فإنه إيجاب في الحال وهذا إخبار عن حق سابق

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف إلى شهر لزمه مؤجلاً ويحتمل أن يلزمه حالا) إذا أقر بها مؤجلة بكلام متصل قبل منه وكذلك إن سكت للتنفس أو اعترضه سلمة ونحو ذلك ويحتمل أن تلزمه حالة ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وبعض الشافعية لأن التأجيل يمنع استيفاء الحق في الحال فلم يقبل كما لو قال له علي دراهم قبضته أيها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف زبوف وفسره بما لا فضة فيه لم يقبل وإن فسره بمغشوشة قبل وكذلك إن فسرها بممية عينا ينقصها قبل لأنه صادق وإن فسرها برصاص أو نحاس أو مالا

النصب لا يثبت عليه وهذا الفصل أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير اقراره بغير المكيل والموزن لان غيرها لا يثبت في الذمة بنفسه

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الاقرار كالمكيل والموزن ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الاقرار به والاخبار عنه.

(فصل) وان أقر بمال قبل تفسيره بقليل المال وكثيره وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله تعالى (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم) وقوله (وفي أموالهم حق) وحكي ببعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه (أحدها) كقولنا (والثاني) لا يقبل الا أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم (والثالث) ما يقطع به السارق ويصح مهوراً لقول الله تعالى (أن تبتنقوا بأموالكم)

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وشرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه ، وأما آيات الزكاة فهي عامة دخلها التخصيص وقوله تعالى (وفي أموالهم حق) لم يرد به الزكاة بدليل أنها نزلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حاجة لهم فيها ثم يرد قولهم قوله تعالى (أن تبتنقوا بأموالكم) والتوزيع جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب ، وان قال : له علي مال عظيم أو كثير أو جليل أو خطير جاز تفسيره بالقليل والكثير كما لو قال : مال لم يزد عليه وهذا قول الشافعي ، وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة دراهم لانه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده ، وعنه لا يقبل بأقل

قيمة له لم يقبل لآن تلك ليست دراهم على الحقيقة فيكون تفسيره بها رجوعاً عما أقر به فلم يقبل كاستثناء السكل

(مسألة) (وان قال له علي دراهم ناقصة لزمته ناقصة) وقال أصحاب الشافعي لا يقبل تفسيره بالناقصة وقال القاضي إذا قال له علي دراهم ناقصة قبل قوله وان قال صغار ولاناس دراهم صغار قبل قوله وان لم يكن لهم دراهم صغار لزمه وازنة كما لو قال درهم فانه يلزمه درهم وازن وهذا قول ابن القاص من أصحاب الشافعي

وانا انه فسر كلامه بما يحتمله بكلام متصل فقبل منه كاستثناء البعض وذلك لان الدراهم يعبر بها عن الوازنة والناقصة والزبوف والجيدة وكونها عليه يحتمل الحلول والتأجيل فاذا وصفها بذلك تقيدت به كما لو وصف الثمن به فقال بعثك بعشرة دراهم مؤجلة أو ناقصة وثبوته على غير هذه الصفة حالة الاطلاق لا يمنع من صحة تقيدها به كالثمن وقولهم ان التأجيل يمنع استيفاءها لا يصح وإنما يؤخره فأشبه الثمن المؤجل ، بحقيقته ان الدراهم ثبتت في الذمة على هذه الصفات فاذا كانت ثابتة بهذه الصفة لم تقتض الشريعة المطهرة سد باب الاقرار بها على صفتها وعلى ما ذكره لا سبيل الى الاقرار بها إلا على وجه يؤاخذ بغير ما هو الواجب عليه فينسد باب الاقرار وقول من قال إن قوله صغار ينصرف للمل

من مائتي درهم وبه قال صاحباه لأنه الذي تجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعيد اثنتان وسبعون لأن الله تعالى قال لقد نصركم الله في مواطن كثيرة وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحبة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن ما فسر به المال فسر به العظيم كالذي سلموه ولأن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا في اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحقر الكثير فلم يثبت في ذلك حد يرجع إلى تفسيره به ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً عنده لفقر نفسه ودناءتها وما ذكره فليس فيه تحديد للكثير وكون ما ذكره كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (اذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال (كم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة) فلم يحمل على ذلك والحكم فيما إذا قال عظيم جداً أو عظيم عظيم كما لو لم يقله لما قررناه .

(فصل) وإن قال : له علي أكثر من مال فلان ففسره بأكثر منه عدداً أو قدراً لزمه أكثر منه وتفسير الزيادة بأي شيء أراد ولو حبة أو أقل ، وإن قال ما علمت لفلان أكثر من كذا أو كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه أكثر مما اعترف به لأن مبلغ المال حقيقة لا يعرف في إلا أكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً فيملك مالا يعرفه المقر فكان المرجع إلى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى

مقدارها لا يصح لأن مساحة الدرهم لا تعتبر في الشرع ولا تثبت في الذمة بمساحة مقدرة وإنما يعتبر الصغير والكبير في الوزن فيرجع إلى تفسير المقر

(فصل) وإن قال له علي درهم كبير لزمه درهم من دراهم الإسلام لأنه كبير في العرف وإن قال له علي درهم فهو كما لو قال درهم لأن الصغير قد يكون لصغره في ذاته أو لقلة قدره عنده وتحقيره وقد يكون لمحبته كما قال الشاعر

بذيالك الوادي أهم ولم أقل بذيالك الوادي وذياك من زهد

ولكن إذا ما حب شيء تولمت به أحرف التصغير من شدة الوجد

وإن قال له علي عشرة دراهم عدداً لزمته عشرة معدودة وإزنة لأن إطلاق الدرهم يقتضي الوزن وذكر العدد لا ينافيها فوجب الجمع بينهما فإن كان في بلد أوزانهم ناقصة أو دراهمهم منشوشة فهو على ما فصل فيه .

(مسئلة) (وإن قال له عندي رهن وقال المالك بل وديعة فالقول قول المالك) لأن العين ثبتت بالافرار له وإن ادعى المقر ديناً لا يعترف به المقر له فالقول قول المقر ولأنه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل ولذلك لو أقر له بدار وقال استأجرتها أو أقر له

عليه أ كثر منه ، وإن فسر به بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالقليل والكثير وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أو لا لأنه يحتمل أنه أ كثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لأنه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك ألف دينار فقال لك علي أ كثر من ذلك لم يلزمه أ كثر منها لأن لفظة أ كثر مبهمة لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أ كثر منه فلوساً أو جب حنطة أو شعير أو دخن فرجع في تفسيرها إليه وهذا بعيد فإن لفظة أ كثر إنما تستعمل حقيقة في العدد أو في القدر وتصرف إلى جنس ما أضيف أ كثر إليه لا يفهم في الإطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا أ كثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا أ كثر منك مالا - وقالوا نحن أ كثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ولهذا لو أقر بدراهم لزمه أقل الجمل حياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال : له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع إلى مطلق الاحتمال لسقط الاقرار ، واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعول على هذا

(فصل) ولو قال : له علي ألف الاشياء قبل تفسيره بأ كثر من خمسمائة لأن الشيء يحتمل القليل والكثير لكن لا يجوز استثناء الأكثر فتعين حمله على مادون النصف وكذلك إن قال الاقليل لأنه مبهمة فأشبه قوله الاشياء وإن قال له علي معظم ألف أو جل ألف أو قريب من ألف لزمه أ كثر من نصف الألف ويخلف على الزيادة إن ادعت عليه .

بشوب وادعى أنه قصره أو خاطه باجر يلزم المقر له لم يقبل لأنه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله إلا بينة ومن ذلك ما لو قال هذه الدار له ولي سكنها بينة

(مسألة) (وإن قال له علي ألف من ثمن مبيع لم أقبضه وقال المقر له بل هو دين في ذمتك فعلى وجهين) (أحدهما) القول قول المقر لأنه اعترف له بالألف وادعى عليه مبيعاً فأشبه المسئلة التي قبلها أو كما لو قال له علي ألف ثم سكت ثم قال مؤجل

(مسألة) (ولو قال له عندي ألف وفسره بدين أو وديعة قبل منه)

لا نعلم فيه بين أهل العلم اختلافاً سواء فسر به بكلام متصل أو منفصل لأنه فسر لفظة بما يقتضيه فقيل كما لو قال له علي دراهم وفسرها بدين عليه فعند ذلك ثبت فيه أحكام الوديعة بحيث لو ادعى تلفها بعد ذلك أو ردها قبل قوله وإن فسر به بدين عليه قبل أيضاً لأنه يقر على نفسه بما هو أغلظ وإن قال له عندي وديعة ردها إليه أو تلفت لزمه ضمانها ولم يقبل قوله ، وبهذا قال الشافعي لما فيه من مناقضة الاقرار والرجوع عما أقر به فإن الألف المردود والتالف ليسا عنده أصلاً ولا هي وديعة وكل كلام يناقض الاقرار ويحيله يجب أن يكون مردوداً ، وقال القاضي يقبل قوله إلا أن أحمد قال في رواية ابن منصور إذا قال لك عندي وديعة دفعتها إليك صدق لأنه ادعى تلف الوديعة أو ردها

(فصل) وإن قال له علي كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف.
(الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا

فأما الأولى فإذا قال له كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) أن يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) أن يقول درهم بالجرح فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره إليه والتقدير جزء درهم أو بعض درهم ويكون كذا كناية عنه (الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض التحويين هو منصوب على القطع كأنه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول نجاة الكوفة (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم أيضاً لأنه لا يجوز أن يكون أسقط حركة الجرح للوقف وهذا مذهب الشافعي، وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي، ولنا أن كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجرح والوقف.

(المسئلة الثانية) إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرار سواء لا يتغير الحكم ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء ولأنه إذا قاله بالجرح احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً إلى جزء ثم أضاف الجزء الآخر إلى الدرهم فقال نصف تسع درهم وهكذا لو قال كذا كذا كذا لأنه يحتمل أن يريد ثلث خمس سبع درهم ونحوه.

فقبل كما لو ادعى ذلك بكلام منفصل فإن قال كانت عندي وظننت أنها باقية ثم عرفت أنها كانت قد هلكت فالحكم فيها كالتي قبلها

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف وفسره بوديعة لم يقبل قوله وإن ادعى بعد هذا تلفه لم يقبل قوله) وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقيل عن الشافعي يقبل قوله أنها وديعة وإذا ادعى بعد هذا تلفها قبل منه وقال القاضي ما يدل على هذا أيضاً لأن الوديعة عليه حفظها وردها فإذا قال له علي ألف وفسرها بذلك احتمل صدقه فقبل منه كما لو وصله بكلامه فقال له علي ألف وديعة لأن حروف الصفات يخلف بعضها بعضاً فيجوز أن تستعمل علي بمعنى عندي كما قال تعالى أخباراً عن موسى عليه السلام أنه قال (ولم علي ذنب) أي عندي

ولنا أن علي للإيجاب وذلك يقتضي كونها في ذمته ولذلك لو قال ما على فلان علي كان ضامناً له والوديعة ليست في ذمته ولا هي عليه إنما هي عنده وما ذكره مجاز طريقه حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه أو إقامة حرف مقام حرف والاقرار يؤخذ فيه بظاهر اللفظ بدليل أنه لو قال له علي درهم لزمته ثلاثة وإن جاز التعبير عن اثنين وعن واحد بلفظ الجمع كقوله تعالى (فإن كان له أخوة فلا ماله السدس) ومما وضع كثيرة في القرآن ولو قال له علي درهم وقال أردت نصف درهم فأقت المضاف إليه مقامه لم يقبل منه ولو قال لك من مالي ألف قال صدقت ثم قال أردت أن عليك من مالي ألفاً أقت اللام مقام علي كقوله تعالى (وإن أسأتم فلها) لم يقبل منه ولو قبل في الاقرار مطلق الاحتمال لسقط ولقبل تفسير الدراهم

(المسئلة الثالثة) اذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد لانه ذكر شيئين ثم ابدل منهما درهما فصاركأنه قال هما درهم ، وان قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة اوجه (احدها) يلزمه درهم واحد وهو قول ابي عبد الله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فاذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (والوجه الثاني) يلزمه درهماً وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فاذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحدة منهما كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين وكذا ههنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (والوجه الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى أن الدرهم تفسير للجمله التي تليسه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على ايهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه مذهب التميمي، وقال محمد بن الحسن اذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل عدد يفسر بالواحد المنصوب وان قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لانه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب ، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون لانه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك ، وان قال كذا درهم بالجر لزمه مائة درهم لانه أقل عدد يضاف الى الواحد، وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بها أحد عشر درهما ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوه. فوجب المصير الى ما قلنا لانه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال له علي دراهم لم يلزمه الا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فان اللفظ اذا كان حقيقة في الامرين جاز التفسير بكل واحد منهما ، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد موجياً

بالتاقصة والزائفة والمؤجلة ، وأما اذا قال لك علي ألف ثم قال كانت وديعة فتلف لم يقبل قوله فانه متناقض وقد سبق نحوه هذا

(فصل) فان قال لك علي مائة درهم ثم أحضرها وقال هذه التي اقررت بها وهي وديعة كانت لك عندي فقال المقر له هذه وديعة والتي اقررت بها غيرها وهي دين عليك قال قول المقر له على مقتضى قول الحرقي وهو قول أبي حنيفة وقال القاضي القول قول المقر مع يمينه وللشافعي قولان كالوجهين وتعليقهما ما تقدم، فان كان قال في اقراره لك علي مائة في ذمتي فقد وافق القاضي ههنا في أنه لا يقبل قول المقر لان الوديعة عين لا تكون في الذمة قال وقد قيل يقبل لانه يحتمل في ذمتي اداؤها ولانه يجوز ان تكون عنده وديعة تعدى فيها فكان ضمانها عليه في ذمته ولاصحاب الشافعي في هذه وجهان فأما ان وصل ذلك بكلامه فقال لك علي مائة وديعة قبل لانه فسر كلامه بما يحتمله فصح كما لو قال له دراهم ناقصة وان قال له علي مائة وديعة ديناً أو مضاربة ديناً صح ولزمه ضمانها لانه قد تعدى فيها فيكون ديناً وان قال اردت أنه شرط علي ضمانها لم يلزمه ضمانها لان الوديعة لا تعبير بالشرط مضمونة وان قال علي أو عندي مائة درهم عارية لزمته وكانت مضمونة عليه سواء حكنا بصحة العارية في الدراهم أو بفسادها لان ما ضمن في المقد الصحيح ضمن في الفاسد وان قال أو عندي مائة فلم

لاكثر من المكرر فانه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب احدى عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متاولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

(فصل) ولو قال غصبتك أو غبنتك لم يلزمه شيء لانه قد ينصبه نفسه ويغته في غير المال وان قال غصبتك شيئاً وفسره بنصب نفسه لم يقبل لانه جعل له مفعولين فجعله المفعول الاول وشيئاً المفعول الثاني ويجب أن يكون الثاني غير الاول ، وان فسرته بمال قبل وان قل وان فسرته بكلمة أو جلد ميتة أو مرجين ينتفع به قبل لانه قد يقهره فيأخذه منه وان فسرته بما لا نفع فيه أو لا يباح الانتفاع به لم يقبل لان أخذ ذلك ليس بنصب

(فصل) وتقبل الشهادة على الافرار بالمجهول لان الافرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صحت الشهادة به كالمعلوم

(مسئلة) قال (ولو قال له عندي رهن فقال المالك ودیعة كان القول قول المالك)

انما قدم قول المالك لان العين ثبت له بالافرار وادعى المقر ديناً لا يعترف له به والقول قول المنكر ولانه أقر بمال لغيره وادعى أن له به تعلقاً فلم يقبل كما لو ادعاه بكلام منفصل وكذلك لو أقر له بدار وقال استأجرها أو بثوب وادعى أنه قصره أو خاطه بأجر يلزم المقر له لم يقبل لانه مدع على غيره حقاً فلا يقبل قوله الا بينة وكذلك لو قال هذه الدار له ولي سكنها سنة

اقبضها أو اقرضني مائة فلم يأخذها قبل قوله متصلاً ولم يقبل منفصلاً وهكذا إذا قال قد نني مائة فلم اقبضها وهذا قول الشافعي

(فصل) وان قال له في هذا العبد ألف اوله من هذا العبد ألف طولب بالبيان فان قال نقد عني ألفاً في ثمنه كان قرضاً وان قال نقد في ثمنه ألفاً قلنا بين كم ثمن العبد وكيف كان الثمن فان قال بإيجاب واحد وزن ألفاً ووزنت ألفاً كان مقراً بنصف العبد وان قال وزنت ألفاً الفين كان مقراً بثلاثة والقول قوله مع يمينه سواء كانت القيمة قدر ما ذكره أو اقل لانه قد يمين وقد يمين وان قال اشتريناه بإيجابين قيل له فكم اشترى منه ؟ فان قال نصفاً أو ثلثاً أو اقل أو أكثر قبل منه مع يمينه وافق القيمة أو خالفها وان قال وصي له بألف من ثمنه يبع وصرف اليه من ثمنه ألف فان أراد ان يسطيه ألفاً من ماله من غير ثمن العبد لم يلزمه قبوله لان الموصي له يمين حقه في ثمنه وان فسر ذلك بجناية جناها العبد فتعلقت برقبته قبل ذلك وله بيع العبد ودفع الألف من ثمنه ، وان قال اردت انه رهن عنده بألف فعلى وجهين (أحدهما) لا يقبل لان حق المرهن في الذمة (والثاني) يقبل لان الدين يتعلق بالرهن فصح تفسيره به كالجناية ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له في هذا المال ألف لزمه تسليمه اليه) لانه أقر له بالملك

(فصل) وان قال لك علي الف من ثمن مبيع لم أقبضه فقال المدعى عليه بل لي عليك الف ولا شيء لك عندي فقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) القول قول المقر له لأنه اعترف له بالالف وادعى عليه مبيعاً فأشبه ما إذا قال هذا رهن فقال المالك وديعة أوله علي الف ولي عنده مبيع لم أقبضه (والثاني) القول قول المقر قال انماضي هو قياس المذهب وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأنه أقرب بحق في مقابلة حق له لا ينفك أحدهما عن الآخر فإذا لم يسلم له ماله لم يسلم للمقر له ما عليه كما لو قال لرجل بعتك هذا العبد بألف قال بل ملكتيه بغير شيء، وفارق ما لو قال له عندي رهن فقال المالك بل وديعة لأن الدين ينفك عن الرهن، ولو قال السيد لعبده بعتك نفسك بألف فأنكر العبد عتق ولا شيء للمقر لأن العتق ينفك عن الثمن، ولا فرق بين أن يقول لم أقبضه منفصلاً أو متصلاً فلو قال له علي الف من ثمن مبيع ثم سكت ثم قال لم أقبضه فيقبل قوله كما لو كان متصلاً لأن إقراره يتعلق بالمبيع والاصل عدم القبض فقبل قوله فيه فأما إن قال علي الف ثم سكت ثم قال من ثمن مبيع لم يقبل لأنه فسر إقراره بما يسقط وجوب تسليمه بكلام منفصل فلم يقبل كما لم يقبل لو قال له علي الف ثم سكت ثم قال مؤجل (فصل) وإذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتيها فلا يخلو أما أن يكون اختلافهما قبل نقد الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعدا اعترف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها للمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكر أنها ملكه ويدعي حلها له بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه

﴿مسألة﴾ (وان قال له من مالي أو في مالي أو في ميراثي من أي الف أو نصف دارتي هذه وفسره بالهبة وقال بدالي من تقييضه قبل)

إذا قال له في مالي أو من مالي الف وفسره بدين أو وديعة أو وصية قبل وقال بعض أصحاب الشافعي لا يقبل إقراره وليس هو لغيره .

ولنا أنه أقر بألف فقبل كما لو قال له في مالي ويجوز أن يضيف إليه مال بعضه لغيره ويجوز أن يضيف مال غيره إليه لاختصاص له به بأن يكون عليه يد أو ولاية قال الله تعالى (ولا تؤثروا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً وارزقوهم فيها واكسوهم) وقال سبحانه في النساء (ولا تخرجوهن من بيوتهن) وقال لأزواج رسول الله ﷺ (وقرن في بيوتكن) فلا يبطل إقراره مع احتمال صحته فإن قال أردت هبة قبل منه لأنه محتمل، وإن امتنع من تقييضها لم يجبر عليه لأن الهبة فيها لا تلزم قبل القبض وكذلك يخرج إذا قال له نصف دارتي هذه أوله من دارتي نصفها، وقد نقل عن أحمد ما يدل على روايتين قال في رواية مهنا فيمن قال نصف عبدي هذا لفلان لم يحجز إلا أن يقول وهبته وإن قال نصف مالي هذا لفلان لا أعرف هذا، ونقل ابن منصور إذا قال فرسي هذه لفلان فأقراره جائز فظاهر هذا صحة الإقرار فإن قال له في هذا المال نصفه فأقراره جائز وإن قال له في هذا المال نصفه أو له

ولا ترد الى البائع لاتفاقها على أنه لا يستحق أخذها وان كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاد بالبائع
يقر أنها صارت أم ولد وولدها حر وأنه لا مهر له ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية
الولد لاقرار من ينسب اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعتزانه بأنه حر الاصل ولا ترد الامة الى
البائع لاقاراره بأنها أم ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري أنه ما اشتراها ويسقط عنه ثمنها الا
قدر المهر فانه يجب لاتفاقها على وجوبه وان اختلفا في سببه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال
بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا أنه لا يجعل على البائع يمينا لانه لا يرى
اليمين في انكار النكاح، وفققة الولد على أبيه لانه حر وفققة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد
وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لانا أنزلنا
عنها ملك السيد وأثبتنا لها حكم الاستيلاد، فان مات وتركت مالا فللبائع قدر ثمنها لانه اما أن يكون
ضادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركتها للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما
يدعيه وان كان كاذبا فهي ما كره وتركتها كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة وان
مات بعد الوطء فقد مات حرة فيراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فيراثها
موقوف لأن أحدا لا يدعيه، وليس للسيد ان يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطيء وليس
ميراثها له لانه قدماء قبلها، وان كان اختلافهما قبل الاستيلاد فعندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقها

نصف هذه الدار فهو اقرار صحيح وان قال له في هذا المال الف صح ، وان قال في ميراثي من أبي
الف وقال أردت هبة قبل منه لانه اذا أضاف الميراث الى أبيه فقتضاء ما خلفه فيقتضي وجوب المقربة
فيه واذا أضاف الميراث إلى نفسه فعناء ما ورثته وانتقل إلى فلا تحمل الا على الوجوب واذا أضاف إليه
جزءا فالظاهر أنه جعل له جزءا في ماله

(مسئلة) (وان قال له في ميراث أبي الف فهو دين على التركة) لان لفظه يقتضي ذلك

(مسئلة) (وان قال لنصف هذه الدار فهو مقر بنصفها) لما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال له هذه الدار عارية ثبت لها حكم العارية) لاقاراره بذلك

(مسئلة) (وان أقر انه وهب أو رهن أو قبض أو أقر بقبض ثمن أو غيره ثم أنكر وقال ما قبضت

ولا اقبضت وسأل احلاف خصمه فهل تلزمه اليمين؟ على وجهين)

وذكر شيخنا في كتاب المغني روايتين (احداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لان
دعواه تكذيب لاقاراره فلا تسم كما لو أقر المضارب أنه ربح الفأثم قال غلطت ولان الاقرار أقوى
من البينة، ولو شهدت البينة ثم قال احلفوه لي مع ينة لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو
قول الشافعي وأبي يوسف لان العادة جارية في الاقرار بالقبض قبله فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف
خصمه لنفي الاحتمال ويفارق الاقرار بالبينة من وجهين

على حلها له واستحقاقه إمساكها وإنما اختلفا في السبب ، ولأرد إلى السيد لاتفاقهما على تحريرهما عليه وللبائع أقل الأمرين من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك ، والأمر في الباطن على ذلك فإن السيد ان كان صادقا فالأمة حلال لزوجها بالبيع وان كان كاذبا فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه ان كان السيد صادقا فهو يستحقه ثمنًا وان كان كاذبا فهو يستحقه مهرًا وقال القاضي يخالف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحق فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لان عقد البيع ما ثبت ولا يجب المهر لان السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) يرجع إليه فيملكها ظاهرًا وباطناً كإرجاع البائع في السلعة عند فسخ المشتري بالثمن لان الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ملكاً (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لان المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه، فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فان كان وفق حقه فحسن وان كان دونه أخذه وان زاد فالزيادة لا يدعيها أحد لان المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الاول فهل تفر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال؟ يحتمل وجهين ، فان رجع البائع وقال صدق خصمي ما بهتة اياها بل زوجته لم يقبل في اسقاط حرية الولد ولا في استرجاعها ان صارت أم ولد وقبل في اسقاط الثمن واستحقاق المهر وأخذ زيادة الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وان رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(أحدهما) ان العادة جارية بالاقرار بالقبض قبله ولم تجر العادة بالشهادة على القبض قبلها لانهما تكون شهادة زور (والثاني) انكاره مع الشهادة طعن في البيئة وتكذيب لها وفي الافرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرد غير هذا الوجه ، وكذلك ان أقر أنه اقترض منه الفأ وقبضها أو قال له علي ألف ثم قال ما كنت قبضتها وإنما أقرت لا قبضتها فالحكم كذلك ولانه يمكن أن يكون قد أقر بذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز الا على اليقين

(مسئلة) (وان باع شيئاً ثم اقر ان المبيع لغيره لم يقبل قوله على المشتري) لانه يقر على غيره ولا يفسخ البيع لذلك وتلزمه غرامته للمقر له لانه فوته عليه بالبيع وكذلك ان وهبه أو أعتقه ثم أقر به .

(مسئلة) (وان قال لم يكن ملكي ثم ملكته بعد لم يقبل قوله) لان الاصل ان الانسان انما يتصرف فيما له التصرف فيه الا ان يقيم بيئة فيقبل ذلك فان كان قد أقر أنه ملكه أو قال قبضت ممن ملكي أو نحوه لم تسمع بيئته أيضاً لأنها تشهد بخلاف ما أقر به

(فصل) اذا قال له هذه الدار هبة أو سكنى أو طارية كالافرار بما أبدل به كلامه ولم يكن لإقراره بالدار لانه رفع بآخر كلامه بعض ما دخل في اوله فصح كما لو أقر بمجملته واستثنى بعضها وذكر القاضي في هذا وجهاً أنه لا يصح لانه استثناء من غير الجنس وليس هذا استثناءً عما هو بدل الاشتمال وهو ان يبدل من الشيء

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما فردت شهادتهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لاعترافه بأن الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذاً واستخلاصاً فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق امرأته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعها إلى الزوج عوضاً ليخلفها صح وكان في حقه خلعاً صحيحاً وفي حقها استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقته إلا البائع وأنا استخلصته فان مات وخلف مالا فرجهم أحدهما عن قوله فالمال له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع أن كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلاق البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في نفي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا ما فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لاحدهما ولا يعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يحلف ويأخذه لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما ففيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال لذلك (فصل) ولو أقر لرجل بمبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويحلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجع المقر له

بعض ما يشتمل عليه ذلك الشيء كقوله تعالى (يسألونك عن الشهر الحرام قتال فيه) فإنه أبدل القتال من الشهر المشتمل عليه ، وقال تعالى أخباراً عن فتى موسى عليه السلام أنه قال (وما إنساني إلا الشيطان إن أذكره) أي إنساني ذكره وإن قال له هذه الدار ثلثها أو ربها صح ويكون مقراً بالجزء الذي أبدله وهذا بدل البعض وليس ذلك استثناء ومنه قوله تعالى (ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلاً) ولكنه في معنى الاستثناء في كونه يخرج من الكلام بعض ما دخل فيه لولاه وبفارقته في أنه يجوز أن يخرج أكثر من النصف وأنه يجوز أبدال الشيء من غيره إذا كان مشتملاً عليه ألا ترى أن الله تعالى أبدل المستطيع للحج من الناس وهو أقل من نصفهم وأبدل القتال من الشهر الحرام وهو غيره ؟ ومتى قال له هذه الدار سكنى أو عارية ثبت فيها حكم ذلك وله أن يسكنه أياها وإن يعود فيها أعاره والله أعلم

(فصل) إذا قال بعتك جاريتي هذه قال بل زوجتنيها فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل نقده الثمن أو بعده وقبل الاستيلاء أو بعده فإن كان بعد اعتراف البائع بقبض الثمن فهو مقر بها لمدعي الزوجية لأنه يدعي عليه شيئاً والزوج ينكرها ملكه ويدعي حلها بالزوجية فيثبت الحل لاتفاقهما عليه ولا ترد إلى البائع لاتفاقهما أنه لا يستحق أخذها وإن كان قبل قبض الثمن وبعد الاستيلاء فالبايع يقر أنها صارت أم ولد لها حر وإنه لا مهر لها ويدعي الثمن والمشتري ينكر ذلك كله فيحكم بحرية الولد لاقرار من ينسب

فادعاه لزمه دفعه اليه لانه لا منازع له فيه، وإن قال المقر له صدقت هذا لي والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويحلف على بقي الآخر

﴿مسئلة﴾ قال (ولو مات خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ أو أخت لزمه أن يعطي الفضل الذي في يديه لمن أقر له به)

وجهة ذلك أن أحد الوارثين إذا أقر بوارث ثالث مشارك لها في الميراث لم يثبت النسب بالاجماع لان النسب لا يتبعض فلا يمكن إثباته في حق المفردون النكر ولا يمكن إثباته في حقهما لان أحدهما منكر ولم توجد شهادة يثبت بها النسب ولكنه يشارك المقر في الميراث في قول أكثر أهل العلم وقال الشافعي لا يشاركه وحكي ذلك عن ابن سيرين وقال إبراهيم ليس بشيء حتى يقرؤا جميعاً لانه لم يثبت نسبه فلا يرث كما لو أقر بنسب معروف النسب. ولنا أنه أقر بسبب مال لم يحكم بيطلانه فلزمه المال كما لو أقر ببيع أو أقر بدين فأنكر الآخر، وفارق ما إذا أقر بنسب معروف النسب فإنه محكوم بيطلانه ولانه يقر له بمال يدعيه المقر له ويجوز أن يكون له فوجب الحكم له به كما لو أقر بدين على أبيه أو أقر له بوصية فأنكر سائر الورثة إذا ثبت هذا فإن الواجب له فضل ما في يد المقر عن ميراثه وبهذا قال ابن أبي ليلى ومالك والثوري والحسن بن صالح وشريك ويحيى بن آدم واسحاق وأبو عبيد وأبو ثور، وقال أبو حنيفة إذا كان اثنان فأقر أحدهما بأخ لزمه دفع نصف ما في يده وإن أقر بأخت لزمه ثلث ما في يده لانه أخذ ما لا يستحقه من التركة فصار كالغاصب فيكون الباقي بينهما كما لو غصب بعض التركة أجنبي ولان الميراث يتعلق

اليه ملكه بحريته ولا ولاء عليه لاعترافه بانه حر الاصل، ولا ترد الامة الى البائع لاعترافه بانها ام ولد لا يجوز نقل الملك فيها ويحلف المشتري انه ما اشتراها وبسقط عنه الثمن الا قدر المهر فانه يجب لاتفاقهما على وجوبه وإن اختلف في سببه، وهذا قول بعض أصحاب الشافعي، وقال بعضهم يتحالفان ولا يجب مهر ولا ثمن وهو قول القاضي الا انه لا يجعل على البائع يمناً لانه لا يرى اليقين في انكار النكاح، ونفقة الولد على ابيه لانه حر ونفقة الامة على زوجها لانه اما زوج واما سيد وكلاهما سبب لوجوب النفقة وقال القاضي نفقتها في كسبها فان كان فيه فضل فهي موقوفة لاتا ازلنا عنها ملك السيد واثبتنا لها حكم الاستيلاد فان ماتت وتركته مالا فللبائع قدر ثمنها لانه إما ان يكون صادقا فهو يستحق على المشتري ثمنها وتركته للمشتري والمشتري مقر للبائع بها فيأخذ منها قدر ما يدعيه وإن كان كاذبا فهي ملكه وتركتهما كلها له فيأخذ منها قدر ما يدعيه وبقيته موقوفة، وإن ماتت بعد الوطء فقدمت حرة وميراثها لولدها وورثتها فان لم يكن لها وارث فيراثها موقوف لان أحداً لا يدعيه وليس للسيد أن يأخذ منه قدر الثمن لانه يدعي الثمن على الواطي وميراثها ليس له لانه قدمته قبلها وإن كان اختلافهما قبل الاستيلاد فقال شيخنا عندي أنها تقر في يد الزوج لاتفاقهما على حلها له واستحقاقه امساكها وإلغاها اختلافا في السبب ولا ترد الى السيد لاتفاقهما على تحريرها عليه وللبائع أقل الامر من الثمن أو المهر لاتفاقهما على استحقاقه لذلك والامر في الباطن على ذلك فان السيد ان كان صادقا فالامة حلال

بعض التركة كما يتعلق بجميعها فإذا هلك بعضها أو غصب تتعلق الحق بإقيها والذي في بدالمنكر كالمصوب فيقتسمان الباقي بالسوية كما لو غصبه أجنبي .

ولنا أن التركة بينهم اثلاثاً فلا يستحق مما في يده إلا الثلث كما لو ثبت نسبه بينة ، ولأنه لإقرار بحق يتعلق حصته وحصه أخيه فلا يلزمه أكثر مما يخصه ، كالأقرار بالوصية وكأقرار أحد الشريكين ، على مال الشركة بدين ولأنه لو شهد معه بالنسب أجنبي ثبت ، ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته . لكونه يجر بها نفماً لكونه يسقط عن نفسه بعض ما يستحقه عليه ولأنه حق لو ثبت بينة لم يلزمه إلا قدر حصته فإذا ثبت بالأقرار لم يلزمه أكثر من ذلك كالوصية ، وفارق ما إذا غصب بعض التركة وهما اثنان لأن كل واحد منهما يستحق النصف من كل جزء من التركة ، وهما يستحق الثلث من كل جزء من التركة ولأصحاب الشافعي فيها إذا كان المقر صادقاً فيما بينه وبين الله تعالى هل يلزمه أن يدفع إلى المقر له نصيبه ؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه وهو الأصح ، وهل يلزمه أن يدفع إليه نصف ما في يده أو ثلثه ؟ على وجهين .

(فصل) وإن أقر جميع الورثة بنسب من يشار إليهم في الميراث ثبت نسبه سواء كان الورثة واحداً أو جماعة ذكراً أو أنثى وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف وحكاه عن أبي حنيفة لأن الوارث يقوم مقام الميت في ميراثه وديونه والديون التي عليه وبيناته ودعاويه والإيمان التي له وعليه وكذلك في النسب

لزوجها بالبيع وإن كان كاذباً فهي حلال له بالزوجية والقدر الذي اتفقا عليه إن كان السيد صادقاً فهو يستحقه ثمناً وإن كان كاذباً فهو يستحقه مهرأً وقال القاضي يحلف الزوج أنه ما اشتراها لأنه منكر ويسقط عنه الثمن ولا يحتاج السيد إلى اليمين على نفي الزوجية لأنه لا يستحلف فيه وعند الشافعي يتحالفان معاً ويسقط الثمن عن الزوج لأن اليمين ما ثبت ولا يجب المهر لأن السيد لا يدعيه وترد الجارية إلى سيدها وفي كيفية رجوعها وجهان (أحدهما) ترجع إليه فيملكها ظاهراً وباطناً كما يرجع البائع في الساعة عند فلس المشتري بالثمن لأن الثمن هنا قد تعذر فيحتاج السيد أن يقول فسخت البيع وتعود إليه ماله . (والثاني) يرجع إليه في الظاهر دون الباطن لأن المشتري امتنع من أداء الثمن مع إمكانه فعلى هذا يبيعها الحاكم ويوفيه ثمنها فإن كان وفق حقه أو دونه أخذه وإن زاد فالزيادة لا يدعيها أحد ، لأن المشتري يقر بها للبائع والبائع لا يدعي أكثر من الثمن الأول فهل تقر في يد المشتري أو ترجع إلى بيت المال ؟ يحتمل وجهين ، وإن رجع البائع فقال صدق خصمي ما بعته إياها بل زوجته لم يقبل في إسقاط حربة الولد ولا في استرجاعها إن صارت أم ولد وقبل في إسقاط الثمن واستحقاق ميراثها وميراث ولدها وإن رجع الزوج ثبتت الحرية ووجب عليه الثمن

(فصل) ولو أقر رجل بحرية عبد ثم اشتراه أو شهد رجلان بحرية عبد لغيرهما ثم اشتراه أحدهما من سيده عتق في الحال لا عتق إلا الذي اشتراه حر ويكون البيع صحيحاً بالنسبة إلى البائع لأنه

وقد روت عائشة أن سعد بن أبي وقاص اختصم هو وعبد بن زمعة في ابن أمة زمعة فقال سعد وأصاني أخي عتبة إذا قدمت مكة أن أنظر إلى ابن أمة زمعة وأقبضه فإنه ابنه ، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد علي فراشه ، فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد بن زمعة وللعاهر الحجر » فقضى به لعبد بن زمعة وقال « احتجبي منه ياسودة » والمشهور عن أبي خنيفة أنه لا يثبت إلا باقرار رجلين أو رجل وامرأتين ، وقال مالك لا يثبت إلا باقرار اثنين لأنه يحمل النسب على غيره فاعتبر فيه العدد كالشهادة . ولنا أنه حق يثبت بالاقرار فلم يعتبر فيه العدد كالدين ولأنه قول لا تعتبر فيه العدالة فلم يعتبر فيه العدد كقرار الموروث واعتباره بالشهادة لا يصح لأنه لا يعتبر فيه اللفظ ولا العدالة ويبطل بالاقرار بالدين (فصل في شروط الاقرار بالنسب)

لا يخلو إما أن يقر على نفسه خاصة ، أو عليه وعلى غيره ، فإن أقر على نفسه مثل أن يقر بولده اعتبر في ثبوت نسبه أربعة شروط (أحدها) أن يكون المقر به مجهول النسب فإن كان معروف النسب لم يصح لأنه يقطع نسبه التايت من غيره ، وقد لعن النبي ﷺ من انتسب إلى غير أبيه أو تولى غير مواليه (الثاني) أن لا ينازعه فيه منازع لأنه إذا نازعه فيه غيره تعارضا فلم يكن الحاقه بأحدهما أولى من الآخر (الثالث) أن يمكن صدقه بأن يكون المقر به يحتمل أن يولد مثله . (الرابع) أن يكون ممن لا قول له كالصغير والمجنون أو يصدق المقر ان كان ذا قول وهو المكلف

محكوم له برقه وفي حق المشتري استنفاذا فإذا صار في يديه حكم بحريته لاقراره السابق وبصير كما لو شهد رجلان على رجل أنه طلق زوجته ثلاثاً فرد الحاكم شهادتهما فدفعهما إلى الزوج عوضاً ليخلفهما صح وكان في حقه خلماً صحيحاً وفي حقهما استخلاصاً ويكون ولاؤه موقوفاً لأن أحداً لا يدعيه فإن البائع يقول ما أعتقته والمشتري يقول ما أعتقه إلا البائع وأنا استخلصته فإن مات وخلف مالا فرجع أحدهما عن قوله فالإل له لأن أحداً لا يدعيه سواء لأن الراجع ان كان البائع فقال صدق المشتري كنت أعتقته فالولاء له ويلزمه رد الثمن إلى المشتري لاقراره بطلان البيع وإن كان الراجع المشتري قبل في المال لأن أحداً لا يدعيه سواء ولا يقبل قوله في بقي الحرية لأنها حق لغيره وإن رجعا معاً فيحتمل أن يوقف حتى يصطلحا عليه لأنه لا أحدهما ولا نعرف عينه ويحتمل أن من هو في يده يأخذه ويخلف لأنه منكر وإن لم يرجع واحد منهما فقيه وجهان (أحدهما) يقر في يد من هو في يده فإن لم يكن في يد أحدهما فهو لبيت المال لأن أحداً لا يدعيه ويحتمل أن يكون لبيت المال على كل حال

(فصل) ولو أقر لرجل بمبد أو غيره ثم جاء به وقال هذا الذي أقررت لك به قال بل هو غيره لم يلزمه تسليمه إلى المقر له لأنه لا يدعيه ويخلف المقر أنه ليس له عنده عبد سواء فإن رجع المقر له فادعاه لزمه دفعه إليه لأنه لا منازع له فيه وإن قال المقر له صدقت والذي أقررت به آخر لي عندك لزمه تسليم هذا ويخلف على بقي الآخر

فان كان غير مكلف لم يعتبر تصديقه فان كبر وعقل فأنكر لم يسمع انكاره لان نسبه ثابت وجري ذلك مجرى من ادعى ملك عبد صغير في يده وثبت بذلك ملكه فلما كبر جحد ذلك ولوطلب احلافه على ذلك لم يستحلف لان الاب لوعاد فجدد النسب لم يقبل منه وان اعترف انسان بأن هذا أبوه فهو كاعترافه بأنه ابنه ، فاما ان كان اقراراً عليه وعلى غيره كإقرار بأخ اعتبر فيه الشروط الاربعة وشروط خامس وهو كون المقر جميع الورثة فان كان المقر زوجاً أو زوجة لا وارث معهم ثبت النسب باقرارهما لان المقر لا يرث المال كله، وان اعترف به الامام معه ثبت النسب لانه قائم مقام المسلمين في مشاركة الوارث وأخذ الباقي، وان كان الوارث بنتاً أو أختاً أو أما أو ذا فرض يرث جميع المال بالفرض والرد ثبت النسب بقوله كالابن لانه يرث المال كله وعند الشافعي لا يثبت بقوله النسب لانه لا يرى الرد ويجعل الباقي لبيت المال، ولهم فيما اذا وافقه الامام في الاقرار وجهان وهذان فروع الرد ويذكر في موضعه وإن كانت بنت وأخت وأخت وزوج ثبت النسب بقولها لانها يأخذان المال كله، واذا أقر بـ ابن ابنه وابنه ميت اعتبرت فيه الشروط التي تعتبر في الاقرار بالأخ وكذلك ان أقر بعم وهو ابن جده فعلى ما ذكرناه .

(فصل) وان كان أحد الولدين غير وارث لكونه رقيقاً أو مخالفاً لدين موروثه أو قاتلاً فلا عبرة به وثبت النسب بقول الآخر وحده لانه يجوز جميع الميراث ثم ان كان المقر به يرث شارك المقر

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (واذا قال غصب هذا العبد من زيد لابل من عمرو او غصبته من زيد وملكه لعمرو لزمه دفعه الى زيد ويغرم قيمته لعمرو

اذا قال غصب هذا العبد من زيد لابل من عمرو حكم به لزيد ولزمه تسليمه اليه ويغرم لعمرو وبهذا قال أبو حنيفة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال في الآخر لا يضمن لعمرو شيئاً ولنا أنه أقر بالغصب الموجب للضمان والرد إلى المنصوب منه ثم لم يرد ما أقر بعضه فلزمه ضمانه كما لو تلف بفعل الله تعالى قال احمد في رواية ابن منصور في رجل قال لرجل استودعتك هذا الثوب قال صدقت ثم قال استودعني رجل آخر قال ثوب للاول ويغرم قيمته للآخر ولا فرق بين أن يكون اقراره بكلام متصل او منفصل .

(مسئلة) (وان قال ملكه لعمرو وغصبته من زيد فهي كالسئلة التي قبلها)

ولا فرق بين التقديم والتأخير والمتصل والمنفصل وقيل يلزمه دفعه الى عمرو ويغرمه لزيد لانه لما أقر به لعمرو أولاً لم يقبل اقراره باليد لزيد قال شيخنا وهذا وجه حسن ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين، ولو قال هذا الالف دفعه الي زيد وهي لعمرو أو قال هو لعمرو ودفعه الي زيد فكذلك على مامضى من القول فيه

(مسئلة) (وان قال غصبته من أحدهما أو هو لاحدهما صح الاقرار)

في الميراث وان كان غير وارث لوجود أحد الموانع فيه ثبت نفسه ولم يرث وسواء كان المقر مسلماً أو كافراً.
(فصل) وإن كان أحد الوارثين غير مكلف كالصبي والجنون فأقر المكلف بأخ ثالث لم يثبت النسب بأقراره لانه لا يحوز الميراث كله فان بلغ الصبي أو أفاق الجنون فأقرا به أيضاً ثبت نسبه لاتفاق جميع الورثة عليه وان أنكر لم يثبت النسب وان ماتا قبل ان يصيرا مكلفين ثبت نسب المقر به لانه وجد الاقرار من جميع الورثة فان المقر به صار جميع الورثة، ولو كان الوارثان بالغين عاقلين فأقر به احدهما وأنكر الآخر ثم مات المنكر وورثه المقر ثبت نسب المقر به لان المقر به صار جميع الورثة فأشبهه مالهو أقر به ابتداء بعد موت أخيه وكما لو كان شريكاً في الميراث غير مكلف وفيه وجه آخر انه لا يثبت النسب لانه أنكره بمض الورثة فلم يثبت نسبه كما لو لم يمت بخلاف ما اذا كان شريكاً غير مكلف فانه لم ينكره وارث وهذا فيما اذا كان المقر يحوز جميع الميراث بعد الميت فان كان للميت وارث سواء أو من يشاركه في الميراث لم يثبت النسب بقول الباقي منها وجها واحداً لانه ليس كل الورثة ويقوم وارث الميت الثاني مقامه فاذا وافق المقر في اقراره ثبت النسب وان خالفه لم يثبت كالوروث وان خلف ولدين فأقر أحدهما بأخ وأنكره الآخر ثم مات المنكر وخلف ابناً فأقر بالذي أنكره أبوه ثبت نسبه لاقرار جميع الورثة به ويحتمل ان لا يثبت لانكار الميت له

لانه يصح بالجهول فصح للجهول ثم يطالب بالبيان فان عين احدهما دفع اليه ويحلف للآخر ان ادعاه ولا يغرر له شيئاً لانه لم يقر له بشيء، وان قال لا أعرف عينه فصدقه نزع من يده وكانا خصمين فيه وان كذبا فعليه اليمين انه لا يعلم وينزع من يده فان كان لاحدهما بينة حكم له بها وان لم تكن بينة أقرعنا بينهما فن قرع صاحبه حلف وسعت اليه، وان بين انفاص بعد ذلك مالهما قبل منه كما لو بينه ابتداء ويحتمل أنه اذا ادعى كل واحد أنه المنصوب منه توجهت عليه اليمين لكل واحد منهما انه لم ينصبه فان حلف لاحدهما لزمه دفعها الى الآخر لان ذلك يجري مجرى تعيينه وان نكل عن اليمين لها جميعاً فسلمت الى احدهما بقرعة او غيرها لزمه غرمها للآخر لانه نكل عن يمين توجهت عليه ففضي عليه كما لو ادعاهما وحده

(فصل) وان كان في يده عبدان فقال احدهما لزيد طوبى بالبيان فاذا عين أحدهما فصدقه زيد اخذه وان قال هذا لي والعبد الآخر فعليه اليمين في الذي ينكره وان قال زيد انما لي العبد الاخر فالقول قول المقر مع يمينه في العبد الذي ينكره ولا يدفع الى زيد العبد الذي يقر به له ولكن يقر في يد المقر لانه لم يصح اقراره به في أحد الوجهين، وفي الآخر ينزع من يده لاعترافه انه لا يملكه ويكون في يده المال لانه لا مال له معروف فأشبه ميراث من لا يعلم وارثه، فان ابى التعيين فعينه المقر له وقال هذا عبدي طوبى بالجواب وان أنكر حلف وكان بمنزلة تعيينه للآخر وان نكل عن اليمين (المغنى والشرح الكبير) (٤٢) (الجزء الخامس)

(فصل) وإذا أقر الوارث بمن يحجبه كأخ أقر بآخ من أب أقر بآخ من أبوين وأب ابن أقر بآخ للبيت ثبت نسب المقر به وورث وسقط المقر وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقول أبي العباس ابن سريج، وقال أكثر أصحاب الشافعي يثبت نسب المقر به ولا يرث لأن تورثه يفضي إلى إسقاط تورثه فسقط بيانه أنه لو ورث لخرج المقر به عن كونه وارثاً فيسقط إقراره ويسقط نسب المقر به وتورثه فيؤدي تورثه إلى إسقاط نسبه وتورثه فأثبتنا النسب دون الميراث

ولنا أنه ابن ثابت النسب لم يوجد في حقه أحد موانع الإرث فيدخل في عموم قوله تعالى (بوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين) أو يرث كما لو ثبت نسبه ببينة ولأن ثبوت النسب سبب للميراث فلا يجوز قطع حكمه عنه ولا يورث محجوب به مع وجوده وسلامته من الموانع وما احتجوا به لا يصح لأننا إنما نعتبر كون المقر وارثاً على تقدير عدم المقر به وخروجه بالإقرار عن الإرث لا ينعم صحته بدليل أن الابن إذا أقر بآخ فإنه يرث مع كونه يخرج بإقراره عن أن يكون جميع الورثة، فإن قيل إنما يقبل إقراره إذا صدقه المقر به فصار إقراراً من جميع الورثة، وإن كان المقر به طفلاً أو مجنوناً لم يعتبر قوله فقد أقر كل من يعتبر قوله، قلنا ومثله هنا فإنه إن كان المقر به كبيراً فلا بد من تصديقه فقد أقر به كل من يعتبر إقراره وإن كان صغيراً غير معتبر القول لم يثبت النسب

قضي عليه وإن أقر له فهو كتعيينه

(فصل) إذا قال هذه الدار لزيد لأبيل لعمر وأدعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه حكم به لزيد ووجب عليه غرامته لعمر، وسنذكر ذلك فيما بعد إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن أقر بألف في وقتين لزمه ألف واحد)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يلزمه ألفان كما لو قال له علي ألف وألف ولا فرق بين أن يكون في وقت واحد أو أوقات أو مجلس واحد أو مجالس ولنا أنه يجوز أن يكون قد كرر الخبر عن الأول كما كرر الله الخبر عن إرساله نوحاً وهوداً وصالحاً وشعياً وإبراهيم وموسى وعيسى عليهم السلام ولم يكن المذكور في قصة غير المذكور في الأخرى كذا هنا لأنه يجوز أن يكون المطلق هو الموصوف أطلقه في حال ووصفه في حال وإن وصفه بصفة واحدة في المرتين كان تأكيداً لما ذكرنا

(مسئلة) (وإن أقر بألف من ثمن عبد ثم أقر بألف من ثمن فرس أو قرض لزمه ألفان)

وكذلك إن قال ألف درهم سود وألف درهم بيض لأن الصفة اختلفت فهما متغايران

(مسئلة) (وإن ادعى رجلان داراً في يد غيرهما شركة بينهما بالسوية فأقر لأحدهما بنصفها

فالمقر به بينهما نصفان

بقول الآخر كما لو كانا ابنين احدهما صغيرا فأقر البالغ بأخ لم يقبل ولم يقولوا انه لا تعتبر موافقته كذا ههنا ولانه لو كان في يدي انسان عبد محكوم له بملكه فأقر به لغيره ثبت للمقر له وان كان المقر يخرج بالاقرار عن كونه مالكا كذا ههنا

(فصل) فان خلف ابنا فأقر بأخ ثبت نسبه ثم ان اقر بثالث ثبت نسبه ايضا لانه اقرار من جميع الورثة فان قال الثالث الثاني ليس بأخ لنا فقال القاضي يسقط نسب الثاني لان الثالث وارث منكر لنسب الثاني فأشبه ما لو كان نسبه ثابتاً قبل الثاني وفيه وجه آخر لا يسقط نسبه ولا ميراثه لان نسبه ثبت بقول الاول وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولانه اقر به من هو كل الورثة حين الاقرار وثبت ميراثه فلا يسقط بعد ثبوته ولان الثاني لو انكر الثالث لم يثبت نسبه وأما ثبت نسبه باقراره فلا يجوز له اسقاط نسب من يثبت نسبه بقوله كالأول ولان ذلك يؤدي الى اسقاط الاصل بالفرع الذي يثبت به (فصل) وان اقر الابن بأخوين دفعة واحدة فصدق كل واحد منهما صاحبه ثبت نسبهما وان تكاذبا ففيهما وجهان (احدهما) لا يثبت نسبهما وهو مذهب الشافعي لان كل واحد منهما لم يقر به كل الورثة (والثاني) يثبت نسبهما لان كل واحد منهما وجد الاقرار به من ثابت النسب هو كل الورثة حين الاقرار فلم يعتبر موافقة غيره كما لو كانا صغيرين فان كان احدهما يصدق صاحبه دون الآخر ثبت نسب المتفق عليه منهما وفي الآخر وجهان وان كانا توأمين ثبت نسبهما ولم يلتفت الى

وجلة ذلك انهما إذا ادعيا أنهما ملكاها بسبب الاشتراك مثل ان يقولوا ورثناها وابتناها معاً فأقر المدعى عليه بنصفها فذلك لما جميعاً لأنهما اعترفا ان الدار لها مشاعة فإذا غصب غاصب نصفها كان منهما والباقي بينهما وان لم يكونا ادعيا شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما فأقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لأنهما لم يعترفا بالاشتراك ، فان اقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه اليه وكذلك ان كان قد تقدم اقراره بالنصف وجب تسليمه اليه لان الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة ثبنت لمن يقر له وان لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له ، فان قيل فكيف يملك جميعها ولم يدع الا نصفها ؟ قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى اقر بشيء لانسان فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ، ويجوز ان يكون اقتصر على دعوى النصف لان له حجة به ولان النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف له به . فان لم يصدقه في اقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به الآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يبطل الاقرار لانه اقر لمن لا يدعيه (الثاني) ينزعه الحاكم حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لملكه (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم انتزاع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل على نحو ما ذكرنا

انكار المنكر منها سواء تجاحداً معاً أو جحد أحدهما صاحبه لانتا تعلم كذبهما فانهما لا يفترقان ولو اقر الوارث بنسب أحدهما ثبت نسب الآخر لأنهما لا يفترقا في النسب، وإن اقر بنسب صغيرين دفعة واحدة ثبت نسبهما على الوجه الذي يثبت فيه نسب الكبيرين المتجاحدين، وهل يثبت على الوجه الآخر؟ يحتمل أن يثبت لأنه أقر به كل الورثة حين الاقرار ولم يحجده أحد فأشبهه ما لو اقرده ويحتمل أن لا يثبت لأن أحدهما وارث ولم يقر بصاحبه فلم يجتمع كل الورثة على الاقرار به ويدفع المقر الى كل واحد منهما ثلث الميراث سواء قلنا بثبوت النسب أو لم نقل لأنه مقر به

(فصل) إذا خلف امرأة وأخاً فأقرت المرأة بابن لليت وأنكر الاخ لم يثبت نسبه ودفعت اليه ثمن الميراث وهو الفضلة التي في يد الزوجة عن ميراثها وإن اقر به الاخ وحده لم يثبت نسبه ودفع اليه جميع ما في يده وهو ثلاثة أرباع المال، فإن خلف اثنين فأقر أحدهما بالمرأة لايه وأنكر الآخر لم تثبت الزوجية ويدفع اليها نصف ثمن الميراث ولأصحاب الشافعي في هذه المسئلة كقولنا لأن الزوجية زالت بالموت وإنما المقر به حقها من الميراث ولهم وجه آخر لا شيء لها، وإن كان لليت امرأة أخرى فلا شيء للمقر لها لأن الفضل الذي تستحقه في يد غير المقر وكذلك ما كان مثل هذا مثل أن يخلف أخاً من أب وأخاً من أم فيقر الاخ من الأم بأخ لليت فلا شيء للمقر به سواء أقر بأخ من أبوين أو من أب أو من أم لأن ميراثه في يد غير المقر، وإن اقر بأخوين من أم دفع اليهما ثلث ما في يده

(مسئلة) (وإن قال في مرض موته هذا الألف لقطة فتصدقوا به لزم الورثة الصدقة بثلثه) قال أبو الخطاب إذا لم يكن له مال غيره لأنه جميع ماله والأمر بالصدقة وصية بجميع المال فلا يلزم منه إلا الثلث وحكي عن القاضي أنه يلزمهم الصدقة بجميعه لأن أمره بالصدقة به يدل على تعديفه على وجه يلزمهم الصدقة بجميعه فيكون ذلك اقراراً منه لغير وارث فيجب امتثاله

(فصل) قال الشيخ رحمه الله (إذا مات رجل وخلف مائة فادعاها رجل فأقر ابنه له بها ثم ادعاها آخر فأقر له فهي للأول ويغرمها للثاني)

وجملة ذلك أنه إذا ادعى زيد على ميت شيئاً معيناً من تركته فصدقه ابنه ثم ادعاه عمرو فصدقه أو قال هذه الدار لزيد لا بل لعمرو حكم بها لزيد وعليه غرامتها لعمرو وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يغرم لعمرو شيئاً وهو قول أبي حنيفة لأنه أقر له بما وجب عليه الاقرار به وإلزامه الحكم من قبوله وذلك لا يوجب الضمان

ولنا أنه حال بين عمرو وبين ماله الذي أقر له به باقراره لغيره فلزمه غرمه كما لو شهد رجلان على آخر باعتاق عبده ثم رجعا عن الشهادة أو كما لو رضى به في البحر ثم أقر به

(مسئلة) (وإن أقر بها لهما معاً فهي بينهما) تتساويهما في الدعوى والاقرار لهما

لأنه يقر أنهم شركاء في الثلث لكل واحد منهما تسع وفي يده سدس وهو تسع ونصف تسع فيفضل في يده نصف تسع وهو ثلث ما في يده

(فصل) وإذا شهد من الورثة رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث ثبت نسبه إذا لم يكونا متهمين وكذلك إن شهدا على إقرار الميت به وإن كانا متهمين كإخوين من أم يشهدان بإخ من أبوين في مسألة فيها زوج وأختان من أبوين لم تقبل شهادتهما لأن ثبوت نسبه يسقط العول فيتوفر عليهما الثلث وكذلك لو شهدا بإخ من أب في مسألة معهما أم وأخت من أبوين وأخت من أب لم تقبل شهادتهما لأن ثبوت نسبه يسقط أخته فيذهب العول من المسئلة فإن لم يكونا وارثين أو لم يكن للميت تركة قبلت شهادتهما وثبت النسب لعدم التهمة

(فصل) وإن أقر رجلان عدلان بنسب مشترك لهما في الميراث وتم وارث غيرهما لم يثبت النسب إلا أن يشهدا به وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يثبت لانهما يئنه. ولنا أنه إقرار من بعض الورثة فلم يثبت به النسب كالواحد وقارق الشهادة لانه تعتبر فيها العدالة والذكورية والإقرار بخلافه (فصل) إذا أقر بنسب ميت صغير أو مجنون ثبت نسبه وورثه وبهذا قال الشافعي ويحتمل أن يثبت نسبه دون ميراثه لانه منهم في قصد أخذ ميراثه وقال أبو حنيفة لا يثبت نسبه ولا ورثه لذلك. ولنا أن

(مسئلة) (وإن أقر لأحدهما وحده فهي له ويحلف للآخر أنه لا يعلم أنها له وإن نكل فضي عليه بالنكول) لأن النكول كالإقرار ولو أقر لزمه الغرم فكذلك إذا نكل عن العين (مسئلة) (وإن ادعى رجل على الميت مائة ديناً فأقر له ثم ادعى آخر مثل ذلك فأقر له فإن كان في مجلس واحد فهي بينهما وإن كان في مجلسين فهي للأول ولا شيء للثاني) وجملة ذلك إن الميت إذا خلف وارثاً وترك تركة فأقر الوارث لرجل بدين على الميت يستغرق الميراث فقد أقر بتعلق دينه بجميع التركة واستحقاقه لها فإذا أقر بعد ذلك لآخر وكان في المجلس صح الإقرار واشتركا في التركة لأن التركة حالة المجلس كحالة واحدة بدليل صحة القبض بها فيما يعتبر القبض فيه وإمكان الفسخ فيه ولحقوق الزيادة في العقد فكذلك في الإقرار، وإن كان في مجلس آخر لم يقبل إقراره لانه يقر بحق على غيره فإنه يقر بما يقتضي مشاركة الأول في التركة وينقص حقه منها ولا يقبل إقرار الإنسان على غيره وقال الشافعي يقبل إقراره ويشارك فيها لأن الوارث يقوم مقام الموروث ولو أقر الموروث لها قبل فكذلك الوارث وإن منعه من الإقرار يفضي إلى إسقاط حق الغرماء لانه قد لا يتفق حضورهم في مجلس واحد فيبطل حقه بتعيينه وإن من قبل إقراره أولاً قبل إقراره ثانياً إذا لم تتغير حاله كالموروث.

علة ثبوت نسبه في حياته الاقرار به وهو موجود بعد الموت فيثبت به كحالة الحياة وما ذكره يطل ما إذا كان المقر به حياً موسراً أو المقر فقيراً فإنه يثبت نسبه ويملك المقر ان تصرف في ماله وانفاقه منه على نفسه وان كان المقر به كبيراً عاقلاً فكذلك في قول القاضي وظاهر مذهب الشافعي لأنه لا قول له أشبه الصغير وفيه وجه آخر أنه لا يثبت نسبه لأن نسب المكلف لا يثبت الا بتصديقه ولم يوجد وبجواب عن هذا بأنه غير مكلف فان ادعى نسب المكلف في حياته فلم يصدق حتى مات المقر ثم صدقه ثبت نسبه لأنه وجد الاقرار والتصديق من المقر به فأشبه ما لو صدقه في حياته ، وقال أبو الخطاب وإذا أقر رجل بزوجة امرأة أو أقرت أن فلاناً زوجها فلم يصدق المقر به الا بعد موته ورثته لأنه وجد الاقرار والتصديق معاً

(فصل) وإذا خلف رجل امرأة وابناً من غيرها فافر الابن بأخ له لم يثبت نسبه لأنه لم يقر به كل الورثة وهل يتوارثان فيه وخيهان (أحدهما) يتوارثان لأن كل واحد منهما يقرأ أنه لا وارث له سوى صاحبه ولا منازع لهما (والثاني) لا يتوارثان لأن النسب بينهما لم يثبت لمان كان لكل واحد منهما وارث غير صاحبه لم يرثه لأنه منازع في الميراث ولم يثبت نسبه

(فصل) وإذا ثبت النسب بالاقرار ثم أنكر المقر لم يقبل إنكاره لأنه نسب ثبت بحجة شرعية فلم يزل بإنكاره كما لو ثبت بينة أو بالافراش وسواء كان المقر به غير مكلف أو مكلفاً فصدق المقر ويحتمل

ولنا أنه اقرار بما يتعلق بمحل يتعلق به حق غيره تعلقاً يمنع تصرفه فيه على وجه يضر به فلم يقبل كإقرار الراهن بجناية على الرهن أو الجاني، وأما الموروث فان أقر في صحته صح لأن الدين لا يتعلق بماله وان أقر في مرضه لم يحاص المقر له غرماء الصحة لذلك، وان أقر في مرضه لغريم يستغرق تركته دينه ثم أقر لآخر في مجلس آخر فالفرق بينهما ان اقراره الاول لم يمنعه التصرف في ماله ولا أن يعلق به ديناً آخر بأن يستدين ديناً آخر فلم يمنع ذلك تعليق الدين بتركته بالاقرار بخلاف الوارث فإنه لا يملك أن يتعلق بالتركة ديناً آخر بفعله فلا يملكه بقوله ولا يملك التصرف في التركة ما لم يلزم قضاء الدين (مسئلة) (وان خلف ابنين ومائتين فادعى رجل مائة ديناً على الميت فصدق أحد الابنين وأنكر الآخر لزم المقر نصفها)

لأنه مقر على أبيه بدين ولا يلزمه أكثر من نصف دين أبيه ولأنه يقر على نفسه وأخيه فلا يقبل اقراره على أخيه ويقبل على نفسه وفي ذلك اختلاف ذكرناه في أواخر كتاب الاقرار (مسئلة) (الا أن يكون عدلاً فيحلف الغريم مع شهادته ويأخذ مائة وتكون المائة الباقية بين الابنين) وانما لزم المقر نصف المائة لأنه يرث نصف التركة فيأزمه نصف الدين لأنه بقدر ميراثه ولو لزمه جميع الدين لم تقبل شهادته على أحد لكونه يدفع عن نفسه ضرراً ولأنه يرث نصف التركة فلزمه نصف الدين كما لو ثبت بينة أو باقرار الميت

أن يسقط نسب المكاف باتفاقهما على الرجوع عنه لانه ثبت باتفاقهما فزال برجوعهما كالمال والاول
أصح لانه لسب ثبت بالاقرار أشبه بنسب الصغير والمجنون وفارق المال لان النسب يحتاط لاثباته
(فصل) وان أقرت المرأة بولد ولم تكن ذات زوج ولا نسب قبل اقرارها وان كانت ذات زوج
فهل يقبل اقرارها على روايتين احدهما لا يقبل لان فيه حملا لنسب الولد على زوجها ولم يقربه والحاقا
للعاربه بولادة امراته من غيره (والثانية) يقبل لانها شخص اقر بولد يحتمل ان يكون منه فقبل كالرجل
وقال احمد في رواية ابن منصور في امرأة ادعت ولدا فان كان لها اخوة او نسب معروف فلا بد من
ان يثبت انه ابنها فان لم يكن لها دافع فن يحول بينها وبينه وهذا لانها متى كانت ذات اهل فالظاهر
انه لا تخفى عليهم ولادتها فتى ادعت ولدا لا يعرفونه فالظاهر كذبها ويحتمل ان تقبل دعواها مطلقا لان
النسب يحتاط له فأشبهت الرجل

(فصل) ولو قدمت امرأة من بلد الروم معها طفل فأقر به رجل لحقه لوجود الامكان وعدم
المنازع لانه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت هي دار الاسلام ووطئها والنسب يحتاط لاثباته
ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وان لم يعرف له قدوم اليها
ولا عرف لها خروج من بلدها

(فصل) وان أقر بنسب صغير لم يكن مقرا بزوجية أمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة اذا

مسئلة (وان خاف ابنين وعبدین متساويي القيمة لا يملك غيرها فقال أحد الابنين أبي أعتق
هذا وقال الآخر بل أعتق هذا عتق من كل واحد ثلثه وصار لكل ابن سدس العبد الذي أقر بعتقه
ونصف الآخر، وان قال أحدهما أبي أعتق هذا وقال الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من هو
منهما أقرع بينهما فان وقعت على من اعترف الابن بعتقه عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتقه كاملا وان وقعت على
الآخر كان حكمه كما لو عين العتق في العبد سواء).

هذه المسئلة محمولة على أن العتق كان في مرض الموت الخوف أو بالوصية لانه لو أعتقه في صحته
عتق كله ولم يقف على اجازة الورثة، فاذا اعترفا أنه عتق أحدهما في مرضه لم يخل من أربعة أحوال
(أحدها) أن يعينا العتق في أحدهما فيعتق منه ثلثاه لان ذلك ثلث جميع ماله إلا أن يجزأ عتق جميعه
فيعتق (الثاني) أن يعين كل منهما العتق في واحد غير الذي عينه أخوه فيعتق من كل واحد ثلثه لان كل
واحد منهما حقه نصف العبدین فيقبل قوله في عتق حقه من الذي عينه وهو ثلثا النصف الذي له وذلك
الثلث ولانه يعترف بحرية ثلثيه فيقبل قوله في حقه منها وهو الثلث ويبقى الرق في ثلثه فله النصف وهو
السدس ونصف العبد الذي ينكر عتقه

(الثالث) ان يقول أحدهما أبي أعتق هذا ويقول الآخر أبي أعتق أحدهما لا أدري من منهما تقوم
القرعة مقام تعيين الذي لم يعين فان وقعت على الذي عينه أخوه عتق ثلثاه كما لو عيناه بقولها وإن

كانت مشهورة بالحرية كان مقراً بزوجيتها لان أنساب المسلمين وأحوالهم يجب حملها على الصحة وذلك أن تكون ولدته منه في نكاح صحيح . ولنا أن الزوجية ليست مقتضى لفظه ولا مضمونه فلم يكن مقراً بها كما لو لم تكن . عروفة بالحرية وما ذكره لا يصح فان النسب محمول على الصحة وقد يلحق بالوطء في النكاح الفاسد والشبهة فلا يلزمه بحكم اقراره ما لم يتضمنه لفظه ولم يوجه

(فصل) وإذا كان له أمة لها ثلاثة أولاد لا زوج لها ولا أقر بوطئها فقال أحد هؤلاء ولدي فأقراره صحيح ويطلب بالبيان فان عين احدى ثبت نسبته وحرية ثم يسئل عن كيفية الاستيلاء فان قال كان بنكاح فعلى الوالد الولاء لانه قدمه رق والام وولداها الآخران رقيق فن وان قال استولت بها في ملكي فالمقر به حر الاصل لا ولاء عليه والامة ام ولد ، ثم إن كان المقر به الاكبر فأخواه ابناء ام ولد حكمها حكمها في العتق بموت سيدها وان كان الاوسط فالأكبر فن والاصغر له حكم امه ، وان عين الأصغر فأخواه رقيق فن لانها ولدتها قبل الحكم بكونها أم ولد ، وإن قال هو من وطء شبهة فالولد حر الاصل وأخواه مملوكان ، وإن مات قبل أن يبين أخذ ورثته بالبيان ويقوم ببيانهم مقام بيانه فان بينوا النسب ولم يبينوا الاستيلاء ثبت النسب وحرية الولد ولم يثبت للأُم وللولد بها حكم الاستيلاء لانه يحتمل أن يكون من نكاح أو وطء شبهة ، وان لم يبينوا النسب وقالوا لا نعرف ذلك ولا الاستيلاء فانا نريه القافة فان ألحقوا به واحدا منهم ألحقناه ولا يثبت حكم الاستيلاء لغيره فان لم تكن قافة أقرع بينهم فن وقعت له القرعة عتق وورث وبهذا قال الشافعي إلا أنه لا يورثه بالقرعة

وقعت على الآخر كما لو عين كل واحد منهما عبدا يكون لكل واحد منهما سدس العبد الذي عينه ونصف العبد الذي ينكر عتقه وبصير ثلث كل واحد من العبدین حرأ (الرابع) أن يقولأ أعتق أحدهما ولا ندرى من منهما فانه يقرع بين العبدین فن وقعت له القرعة عتق ثلثاه ان لم يجزأ عتق جميعه وكان الآخر رقيقاً

(فصل) فان رجح الابن الذي جهل عين العتق فقال قد عرفته قبل القرعة فهو كما لو عينه ابتداء من غير جهل واذا كان بعد القرعة فوافقها تعيينه لم يتغير الحكم وان خالفها عتق من الذي عينه ثلثه بتعيينه فان عين الذي عينه أخوه عتق ثلثاه وان عين الآخر عتق منه ثلثه وهل يطل العتق في الذي عتق بالقرعة على وجهين

﴿ باب الأقرار بالمجمل ﴾

(اذا قال له علي شيء أو كذا قيل له نصر فان أبي حبس حتى يفسر فان مات أخذ وارثه بمثل ذلك ان خلف الميت شيئاً يقضى منه وإلا فلا)
وجملة ذلك أنه اذا قال لفلان علي شيء أو كذا صح اقراره ولزمه تفسيره بنير خلاف، ويفارق

ولنا أنه حر استندت حريته إلى إقرار أبيه فورث كما لو عينه في إقراره .

(فصل) وإذا كان له أستان لكل واحدة منها ولد فقال أحد هذين ولدي من أمي نظرت فإن كان لكل واحدة منها زوج يمكن الحاق الولد به لم يصح إقراره ولحق الولدان بالزوجين ، وإن كان لاحداهما زوج دون الاخرى انصرف الاقرار الى ولد الاخرى لانه الذي يمكن الحاقه به وإن لم يكن لواحدة منها زوج ولكن أقر السيد بوطثها صارتا فراشاً ولحق ولداهما به إذا أمكن أن يولد بعد وطئه وإن أمكن في احدهما دون الاخرى انصرف الاقرار الى من أمكن لانه ولده حكماً ، وإن لم يكن أقر بوطء واحدة منهما صح إقراره وثبتت حرية المقر به لانه أقر بنسب صغير مجهول النسب مع الامكان لا منازع له فيه فلحقه نسبه ، ثم يكلف البيان كما لو طلق إحدى نسائه فإذا بين قبل بيانه لأن المرجع في ذلك اليه ، ثم يطالب ببيان كيفية الولادة فإن قال استولدها في ملكي فالولد حر الاصل لا ولاء عليه وامه ام ولد وإن قال في نكاح فعلى الولد الولاء لانه مسه رق والامة فن لانها علقت بملوك وإن قال بوطء شبهة فالولد حر الاصل والامة فن لانها علقت به في غير ملك ، وإن ادعت الاخرى انها التي استولدها فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم الاستيلاء فأشبهه مالهو ادعت ذلك من غير إقراره بشيء فإذا حلف رقت ورق ولدها وإذا مات ورثه ولده المقر به ، وإن كانت أمه قد صارت ام ولد عتقت ايضاً وإن لم تصر أم ولده عتقت على ولدها إن كان هو الوارث وحده وإن كان معه غيره

الدعوى حيث لا تصح بالمجهول لكون الدعوى له والافرار عليه فلزمه ما عليه مع الجهالة دون ماله ولأن المدعي إذا لم يصحح دعواه فله داع الى تحريرها والمقر لا داعي له الى التحرير ولا يمكن رجوعه عن إقراره فيضيع حق المقر له فألزمناه إياه مع الجهالة فإن امتنع من تفسيره حبس حتى يفسر وقال القاضي يجعلنا كلا يؤمر المقر له بالبيان فإن بين شيئاً فصدقه المقر ثبت وإن كذبه وامتنع من البيان قيل له ان يثبت وإلا جعلناك ناكلاً وقضينا عليك وهذا قول الشافعي إلا أنهم قالوا ان يثبت وإلا أحلفنا المقر له على ما يدعيه وأوجبناه عليك فإن فعل وإلا أحلفنا المقر له وأوجبناه على المقر ، ووجه الاول أنه ممنوع من حق عليه فحبس به كما لو عينه وامتنع من أدائه ، ومع ذلك فتى عنه المدعي وادعاه فنسكل المقر فهو على ما ذكره فإن مات من عليه الحق أخذ وارثه بمثل ذلك لأن الحق ثبت على موروثهم فتعلق بتركته وقد صارت الى الورثة فلزمهم ما لزم موروثهم كما لو كان الحق معيناً ، وإن لم يخلف الميت تركته فلا شيء على الورثة لانهم ليس عليهم وفاء دين الميت إذا لم يخلف تركته كما لا يلزمهم في حياته ، وذكر صاحب المحرر رواية ان الوارث ان صدق موروثه في إقراره أخذ به وإلا فلا والصحيح الاول قال وعندي ان أبي الوارث أن يفسر وقال لا علم لي بذلك حلف ولزمه من التركة ما يقع عليه الاسم فيما إذا وصى لفلان بشيء ويحتمل أن يكون حكم المقر كذلك إذا حلف أن لا يعلم كالوارث

(مسألة) (وإن فسر به بحق شفعة أو مال قبل وإن قل وأن فسر به بمال كقتير جوزة أو ميتة أو

عق منها بقدر ما ملك فان مات قبل ان يبين قام وارثه مقامه في البيان لانه يقوم مقامه في الحاق النسب وغيره فاذا بين كان كما لو بين الموروث، وان لم يعلم الوارث كيفية الاستيلاء ففي الامه وجهان: (احدهما) يكون رقيقاً لان الرق الاصل فلا يزول بالاحمال (والثاني) يعتق لان الظاهر انها ولدته في ملكه لانه اقر بولدها وهي في ملكه وهذا منصوص الشافعي فان لم يكن وارث او كان وارث فلم يعين عرض على القافة فان ألحقت به احدهما ثبت نسبه وكان حكمه كما لو عين الوارث فان لم تكن قافة او كانت فلم تعرف أقرع بين الولدين فيعتق احدهما بالقرعة لان للقرعة مدخلا في اثبات الحرية، وقياس المذهب ثبوت نسبه وميراثه على ما ذكرنا في التي قبلها، وقال الشافعي لا يثبت نسب ولا ميراث، واختلفوا في الميراث فقال المزني يوقف نصيب ابن لاثنا تيقنا ابنا وارثاً ولهم وجه آخر لا يوقف شيء لانه لا يرجى ان يكشفه وقال ابو حنيفة يعتق من كل واحد نصفه ويستسعى في باقيه ولا يرثان، وقال ابن ابي ليلى مثل ذلك الا انه يحمل الميراث بينهما نصفين ويدفعانه في سمائهما والكلام على قسمة الحزبة والسعاية بأبي في العتق ان شاء الله تعالى .

مسئلة قال (وكذلك ان اقر بدين على أبيه لزمه من الدين بقدر ميراثه)

وجملة ذلك ان الوارث اذا اقر بدين على موروثه قبل اقراره بغير خلاف فلهما ويتعلق ذلك بركة .

خبر لم يقبل وان فسر به بكتب أو حذفت فعلى وجهين متى فسر المقر اقراره بما يتمول عادة قبل تفسيره ويثبت الا أن يكذبه المقر له ويدعي جنساً آخر أولاً يدعي شيئاً فيطل اقراره، وان فسر به لا يتمول عادة كقشر جوزة أو قشر باذنجانة لم يقبل تفسيره لان اقراره اعتراف بحق عليه ثابت في ذمته وهذا لا يثبت في الذمة وكذلك ان فسر به بما ليس بمال في الشرع كالحجر والميتة، وان فسر به بكتب لا يجوز افتناؤه فكذلك، وان فسر به بكتب يجوز افتناؤه أو جلد ميتة غير مدبوغ ففيه وجهان (احدهما) يقبل لانه شيء يجب رده وتسليمه اليه فلا يجاب بتناوله (والثاني) لا يقبل لان الافرار إخبار عما يجب ضمانه وهذا لا يجب ضمانه، وان فسر به بحبة حنطة أو شعير ونحوها لم يقبل لان هذا لا يتمول عادة على انفراد، وان فسر به بحد قذف قبل لانه حق يجب عليه وفيه وجه آخر أنه لا يقبل لانه لا يؤول الى مال والاول أصح لان ما يثبت في الذمة يصح ان يقال هو علي ويصح تفسيره بحق شفعة لانه حق واجب ويؤول الى المال وان فسر به برد السلام أو تسميت العاطس ونحوه لم يقبل لانه يسقط بفواته ولا يثبت في الذمة وهذا الاقرار يدل على ثبوت الحق في الذمة ويحتمل أن يقبل تفسيره اذا أراد حقاً علي رد سلامه اذا سلم وتسميته اذا عطس لما روي في الخبر «للسلم على المسلم ثلاثون حقاً يرد سلامه ويشمت عطسته ويحجب دعوته»

مسئلة (وان قال غصبت منه شيئاً ثم فسر به بنفسه أو ولده لم يقبل) لان النصب لا يثبت عليه

الميت كما لو أقر به الميت قبل موته فإن لم يخلف تركته لم يلزم الوارث بشيء لأنه لا يلزمه أداء دينه إذا كان حياً مفلساً فكذلك إذا كان ميتاً وإن خلف تركته تعلق الدين بها فإن أحب الوارث تسليمها في الدين لم يلزمه إلا ذلك وإن أحب استخلاصها وإبقاء الدين من ماله فله ذلك ويلزمه أقل الأمرين من قيمتها أو قدر الدين بمزلة الجاني، وإن كان الوارث واحداً فخكه ما ذكرنا وإن كانا اثنين أو أكثر وثبت الدين بإقرار الميت أو بينة أو إقرار جميع الورثة فكذلك، وإذا اختار الورثة أخذ تركته وقضاء الدين من أموالهم فعلى كل واحد منهم من الدين بقدر ميراثه وإن أقر أحدهم لزمه من الدين بقدر ميراثه والخيرة إليه في تسليم نصيبه في الدين أو استخلاصه، وإذا قدره من الدين فإن كانا اثنين لزمه النصف وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث وهذا قال النخعي والحسن والحكم وإسحاق وأبو عبيد وأبو ثور والشافعي في أحد قوليه، وقال أصحاب الرأي يلزمه جميع الدين أو جميع ميراثه وهذا آخر قولي الشافعي رجم إليه بعد قوله كقولنا لأن الدين يتعلق بتركته فلا يستحق الوارث منها إلا ما فضل من الدين لقول الله تعالى (من بعد وصية يوصي بها أو دين) ولأنه يقول ما أخذه المنكر أخذه بغير استحقاق فكان غاصباً فتعلق الدين بما بقي من التركة كما لو غصبه أجنبي، ولنا أنه لا يستحق أكثر من نصف الميراث فلا يلزمه أكثر من نصف الدين كما لو أقر أخوه ولأنه إقرار يتعلق بحصته وحصة أخيه فلا يجب عليه إلا ما يخصه كالإقرار بالوصية وإقرار أحد الشريكين على مال الشراكة ولأنه حق لو ثبت بينة أو قول الميت أو إقرار

وإن أراد أني حبستك وسجنتك قبل ذكره في المحرر وإن فسر بما ليس بمال مما ينتفع به قبل لان الغصب يشتمل عليه كالسكب وجلد الميتة لأنه قد يقره عليه، وإن فسر بما لا يقع فيه أو مالا يباح الاتفاع به لم يقبل لأن أخذ ذلك ليس بغصب وهذا الذي ذكرناه في هذا الباب أكثره مذهب الشافعي وحكي عن أبي حنيفة أنه لا يقبل تفسير إقراره بغير المسكيل والموزون لأن غيرهما لا يثبت في الذمة بنفسه .

ولنا أنه مملوك يدخل تحت العقد فجاز أن يفسر به الشيء في الإقرار كالمكيل والموزون ولأنه يثبت في الذمة في الجملة فصح التفسير به كالمكيل ولا عبرة بسبب ثبوته في الأخبار به والأخبار عنه (فصل) وتقبل الشهادة على الإقرار بالمجهول لأن الإقرار به صحيح وما كان صحيحاً في نفسه صححت الشهادة به كالمعلوم

﴿مسألة﴾ (وإن قال له علي مال عظيم أو خطير أو كثير أو خليل قبل تفسيره بالكثير والقليل) كما لو قال له علي مال ولم يصفه وهذا قول الشافعي وحكي عن أبي حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنه يقطع به السارق ويكون صداقاً عنده وعنه لا يقبل أقل من مائتي درهم وبه قال أصحابه لأنه الذي يجب فيه الزكاة وقال بعض أصحاب مالك كقولهم في المال ومنهم من قال يزيد على ذلك أقل زيادة ومنهم من قال قدر الدية وقال الليث بن سعد اثنين وسبعون لأن الله سبحانه وتعالى قال

الوارثين لم يلزمه إلا نصفه فلم يلزمه بإقراره أكثر من نصفه كالوصية ولأن شهادته بالدين مع غيره تقبل ولو لزمه أكثر من حصته لم تقبل شهادته لأنه يجربها إلى نفسه نقماً

(فصل) إذا ادعى رجلان داراً بينهما ملكاها بسبب الاشتراك مثل أن يقولوا وورثاها أو ابتعناها مما فاقر المدعى عليه بنصفها لأحدهما فذلك لها جميعاً لأنها اعترفاً أن الدار لها مشاعة فإذا غضب غاصب نصفها كان منها والباقي بينهما وإن لم يكونا ادعياً شيئاً يقتضي الاشتراك بل ادعى كل واحد منهما نصفها فآقر لأحدهما بما ادعاه لم يشاركه الآخر وكان على خصومته لانهما لم يعترفاً بالاشتراك فإن آقر لأحدهما بالكل وكان المقر له يعترف للآخر بالنصف سلمه إليه وكذلك إن كان قد تقدم إقراره بذلك وجب تسليم النصف إليه لأن الذي هي في يده قد اعترف له بها فصار بمنزلة فتيبت لمن يقره، وإن لم يكن اعترف للآخر وادعى جميعها أو ادعى أكثر من النصف فهو له، فإن قيل فكيف يملك جميعها لم يدع إلا نصفها قلنا ليس من شرط صحة الاقرار تقدم الدعوى بل متى أقر الإنسان بشيء فصدقه المقر له ثبت وقد وجد التصديق ههنا في النصف الذي لم يسبق دعواه ويجوز أن يكون اقتصر على دعوى الف لأن له حجة به أولاً في النصف الآخر قد اعترف له به فادعى النصف الذي لم يعترف به، فإن لم يصدقه في إقراره بالنصف الذي لم يدعه ولم يعترف به للآخر ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يطل الاقرار به لأنه أقر به لمن لا يدعيه (الثاني) يزعه الحاكم من يده حتى يثبت لمدعيه ويؤجره ويحفظ أجرته لما لا يملك (والثالث) يدفع إلى مدعيه لعدم المنازع فيه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كنعنو ما ذكرنا

(لقد نصرحكم الله في مواطن كثيرة) وكانت غزواته وسراياه اثنتين وسبعين قالوا ولأن الحجة لا تسمى مالا عظيماً ولا كثيراً

ولنا أن العظيم والكثير لا حد له في الشرع ولا اللغة ولا العرف ويختلف الناس فيه فمنهم من يستعظم القليل ومنهم من يستعظم الكثير ومنهم من يحتقر الكثير فلم يلبث في ذلك حدير جع في تفسيره إليه ولأنه ما من مال إلا وهو عظيم كثير بالنسبة إلى ما دونه ويحتمل أنه أراد عظيماً لفقر نفسه ودناءتها وأما ما ذكروه فليس فيه تحديد الكثير وكون ما ذكروه كثيراً لا يمنع الكثرة فيها دونه وقد قال الله تعالى (واذكروا الله كثيراً) فلم ينصرف إلى ذلك وقال تعالى لم من فئة قليلة غلبت فئة كثيرة فلم يحمل على ذلك والحكم فيها إذا قال عظيم جداً أو عظيم كما لو لم يقله لما قررناه

(فصل) وإن أقر بمال قبل تفسيره بالقليل والكثير كالمسئلة قبل هذا وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بغير المال الزكوي لقول الله سبحانه (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكهم بها) وقوله (وفي أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم) وحكي بعض أصحاب مالك عنه ثلاثة أوجه الأول كقولنا والثاني لا يقبل إلا في أول نصاب من نصب الزكاة من نوع أموالهم والثالث ما يقطع به السارق ويصح مرراً لقول الله تعالى (لن تبثوا بأموالكم)

﴿مسئلة﴾ قال (وكل من قلت القول قوله فليخصه عليه اليمين)

يعنى في هذا الباب وفيما أشبهه مثل أن يقول عندي الف ثم قال وديعة أو قال علي ثم قال وديعة أو قال له عندي رهن فقال المالك وديعة، ومثل الشريك والمضارب والمنكر للدعوى، وإذا اختلفا في قيمة الرهن أو قدره أو قدر الدين الذي الرهن به وأشياء هذا فكل من قلنا القول قوله فعليه لخصه اليمين لقول النبي ﷺ «لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه» رواه مسلم ولأن اليمين يشترع في حق من ظهر صدقه وقوي جانبته تقوية لقوله واستظهار أو الذي جعل القول قوله كذلك فيجب أن تشترع اليمين في حقه

(فصل) إذا أقر أنه وهب وأقبض الهبة أو رهن وأقبض أو أنه قبض المبيع أو أجز المستأجر ثم أنكر ذلك وسال أحلاف خصمه فيه روايتان (إحداها) لا يستحلف وهو قول أبي حنيفة ومحمد لأن دعواه تكذيب لاقراره فلا تسمع كالأقرار المضارب أنه ربح القائم قال غلطت ولأن الإقرار أقوى من البينة، ولو شهدت البينة فقال أحلفوه لي مع يمينته لم يستحلف كذا هنا (والثانية) يستحلف وهو قول الشافعي وأبي يوسف لأن العادة جارية بالإقرار قبل القبض فيحتمل صحة ما قاله فينبغي أن يستحلف خصمه لنفي الاحتمال، ويفارق الأقرا البينة لوجهين (أحدهما) أن العادة جارية بالإقرار بالقبض ولم تجر

ولنا أن غير ما ذكره يقع عليه اسم المال حقيقة وعرفاً ويتمول عادة فيقبل تفسيره به كالذي وافقوا عليه وأما آية الزكاة فقد دخلها التخصيص وقوله تعالى (في أموالهم حق) لم يرد بها الزكاة لأنها زلت بمكة قبل فرض الزكاة فلا حجة لهم فيها ثم يرد قوله تعالى (ان تبتنوا بأموالكم) والتزويج جائز بأي نوع كان من المال وبما دون النصاب

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي دراهم كثيرة قبل تفسيره بثلاثة فصاعدا)

أما إذا قال له علي دراهم لزمه ثلاثة لأنها أقل الجمع، وإن قال له دراهم كثيرة أو وافرة أو عظيمة لزمته ثلاثة أيضاً وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يقبل تفسيره بأقل من عشرة لأنها أقل جمع الكثرة وقال أبو يوسف لا يقبل أقل من مائتين لأن بها يحصل الغنى وتجب الزكاة

ولنا أن الكثرة والعظمة لا حد لها شرعاً ولا لغة ولا عرفاً وتختلف بالأوصاف وأحوال الناس فالثلاثة أكثر مما دونها وأقل مما فوقها ومن الناس من يستعظم اليسير ومنهم من لا يستعظم الكثير ويحتمل أن المقرر أراد كثرة بالنسبة إلى ما دونها أو كبيرة في نفسه فلا تجب الزيادة بالاحتمال

﴿مسئلة﴾ (وان قال له علي كذا درهم أو كذا درهم أو كذا كذا درهم بالرفع لزمه درهم)

لأن تقديره شيء هو درهم وإن قال بالخفض لزمه بعض درهم لأن كذا يحتمل أن يكون جزءاً

العادة بالشهادة على القبض قبله لأنها تكون شهادة زور (والثاني) ان انكاره مع الشهادة طعن في اليقينة وتكذيب لها وفي الاقرار بخلافه ولم يذكر القاضي في المجرّد غير هذا الوجه، وكذلك لو اقر انه اقترض منه الفأ وقبضها اوقال له علي التّم قال ما كنت قبضتها وإنما اقررت لأقبضها فالحكم كذلك ولأنه يمكن ان يكون قد اقر بقبض ذلك بناء على قول وكيله وظنه والشهادة لا تجوز إلا على اليقين، فأما ان اقر أنه وهبه طعاماً ثم قال ما اقبضتكم وقال المتهم بل اقبضتني فالحكم بقول الواهب لان الاصل عدم القبض، وان كانت في يد المتهم فقال اقبضتني فقال بل اخذتها مني بغير اذني فالحكم بقول الواهب ايضاً لان الاصل عدم الاذن وان كانت حين الهبة في يد المتهم لم يعتبر اذن الواهب وإنما يعتبر رضي مدة يتأتى القبض فيها وعلى من قلنا القول قوله منهما اليمين لما ذكرنا

(مسئلة) قال (والاقرار بدين في مرض موته كالاقرار في الصحة اذا كان لغير وارث)

هذا ظاهر المذهب وهو قول اكثر اهل العلم قال ابن المنذر اجمع كل من يحفظ عنه من اهل العلم على ان اقرار المريض في مرضه لغير الوارث جائز وحكي اصحابنا رواية اخرى انه لا يقبل لانه اقرار في مرض الموت أشبه الاقرار لو ارث، وقال ابو الخطاب فيه رواية اخرى انه لا يقبل اقراره بزيادة على الثلث لانه ممنوع من عطية ذلك للأجنبي كما هو ممنوع من عطية الوارث فلا يصح اقراره بما لا يملك

مضافاً الى درهم ويرجع في تفسيره اليه اذا فسر به بذلك لانه محتمل

(مسئلة) (وان قال كذا درهما بالنصب لزمه درهم) ويكون منصوباً على التمييز

(مسئلة) (وان قال كذا وكذا درهما بالنصب فقال ابن حامد والقاضي يلزمه درهم) لان الدرهم الواحد يجوز أن يكون تفسيراً لشيئين كل واحد بعض درهم (وقال أبو الحسن التميمي يلزمه درهمان) لانه ذكر جملتين فسرهما بدرهم فيعود التفسير الى كل واحدة منهما (كقوله عشرون درهما)

اذا قال كذا ففيه ثلاث مسائل (أحدها) أن يقول كذا بغير تكرير ولا عطف (الثانية) أن يكرر بغير عطف (الثالثة) أن يعطف فيقول كذا وكذا: فأما الاولى فاذا قال له علي كذا درهم لم يخل من أربعة أحوال (أحدها) ان يقول له علي كذا درهم بالرفع فيلزمه درهم وتقديره شيء هو درهم فجعل الدرهم بدلاً من كذا (الثاني) ان يقول درهم بالحجر فيلزمه جزء درهم يرجع في تفسيره اليه والتقدير جزء درهم او بعض درهم ويكون كناية عنه

(الثالث) أن يقول درهما بالنصب فيلزمه درهم ويكون منصوباً على التفسير وهو التمييز وقال بعض النحويين هو منصوب على القطع كانه قطع ما ابتداء به وأقر بدرهم وهذا على قول الكوفيين (الرابع) أن يذكره بالوقف فيقبل تفسيره بجزء درهم ايضاً لانه يجوز أن يكون أسقط جرّة

عطيته بخلاف الثلث فادون. ولنا انه إقرار غير متهم فيه فقبل كالأقرار في الصحة بحقه ان حالة المرض اقرب الى الاحتياط لنفسه وإبراء ذمته وتحري الصدق فكان اولى بالقبول، وفارق الاقرار للوارث لانه متهم فيه على ما سذكروه

(فصل) فان اقر لاجنبي بدين في مرضه وعليه دين ثبت بيئته او قرار في صحته وفي المال سعة لهما فها سواء وان ضاق عن قضائهما فظاهر كلام الحرقي انها سواء وهو اختيار التميمي وبه قال مالك والشافعي وأبو ثور وذكرا أبو عبيد أنه قول أكثر أهل المدينة لأنها حقان يجب قضاؤهما من رأس المال لم يخص أحدهما برهن فاستويا كما لو ثبتا بيئته، وقال أبو الخطاب لا يحصى غرماء الصحة وقال القاضي هو قياس المذهب لنص أحمد في المفلس انه إذا اقر وعليه دين بيئته يبدأ بالدين الذي بالبيئته وبهذا قال النخعي والثوري وأصحاب الرأي لانه اقر بعد تعلق الحق بتركته فوجب ان لا يشارك المقر له من ثبت دينه بيئته كغريم المفلس الذي اقر له بعد الحجر عليه، والدليل على تعلق الحق بماله منعه من التبرع ومن الاقرار لو ارث ولانه محجور عليه ولهذا لا تنفذ هباته وتبرعاته فلم يشارك من اقر له قبل الحجر ومن ثبت دينه بيئته كالذي اقر له المفلس، وإن أقر لها جميعاً في المرض تساويا ولم يقدم السابق منها لأحدهما استويا في الحال فأشبهها غريمي الصحة

الجبر للوقف وهذا مذهب الشافعي وقال القاضي يلزمه درهم في الحالات كلها وهو قول بعض أصحاب الشافعي . ولنا ان كذا اسم مبهم فصح تفسيره بجزء درهم في حال الجبر والوقف

(المسئلة الثانية) (إذا قال كذا كذا بغير عطف فالحكم فيها كالحكم في كذا بغير تكرير سواء) لا يتغير ولا يقتضي تكريره الزيادة كأنه قال شيء شيء . ولانه اذا قاله بالجبر احتمل أن يكون قد أضاف جزءاً الى جزء ثم أضاف الجزء الاخير الى الدرهم فقال نصف سبع درهم وهكذا لو قال كذا كذا لانه يحتمل أن يريد ثلث خمس تسع درهم ونحوه

(المسئلة الثالثة) (إذا عطف فقال كذا وكذا درهم بالرفع لزمه درهم واحد) لانه ذكر شيئين ثم أبدل منهما درهماً فصار كأنه قال هما درهم، وإن قال درهماً بالنصب ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه درهم واحد وهو قول أبي عبدالله بن حامد والقاضي لان كذا يحتمل أقل من درهم فإذا عطف عليه مثله ثم فسرهما بدرهم واحد جاز وكان كلاماً صحيحاً وهذا يحكى قولاً للشافعي (الثاني) يلزمه درهمان وهو اختيار أبي الحسن التميمي لانه ذكر جملتين فإذا فسر ذلك بدرهم عاد التفسير الى كل واحد كقوله عشرون درهما يعود التفسير الى العشرين كذا هنا وهذا يحكى قولاً ثانياً للشافعي (الثالث) يلزمه أكثر من درهم ولعله ذهب الى ان الدرهم تفسير للجملة التي تليه فيلزمه بها درهم والاولى باقية على إيهامها فيرجع في تفسيرها اليه وهذا يشبه قول التميمي، وقال محمد بن الحسن إذا قال كذا درهما لزمه عشرون درهما لانه أقل

﴿مسئلة﴾ (قال وإن أقر لوارث لم يلزم باقي الورثة قبوله إلا بينة)

وبهذا قال شريح وأبو هاشم وابن أذينة والنخعي ويحيى الانصاري وأبو حنيفة وأصحابه وروي ذلك عن القاسم وسالم وقال عطاء والحسن واسحاق وأبو ثور يقبل لأن من صح الإقرار له في الصحة صح في المرض كالأجنبي وللشافعي قولان كاللذهيين، وقال مالك يصح إذا لم يتهم ويطلق إن أهم كمن له بنت وابن عم فأقر لا بنته لم يقبل وإن أقر لابن عمه قبل لأنه لا يتهم في أنه يزوي ابنته ويوصل المال إلى ابن عمه وعلّة منع الإقرار التهمة فاخص المنع بموضعها، ولنا أنه إيصال للمال إلى وارثه بقوله في مرض موته فلم يصح بغير رضى بقية ورثته كهيته ولأنه محجور عليه في حقه فلم يصح إقراره له كالصبي في حق جميع الناس وفارق الأجنبي فإن هبته له تصح وما ذكره مالك لا يصح فإن التهمة لا يمكن اعتبارها بنفسها فوجب اعتبارها بمظنتها وهو الإرث وكذلك اعتبر في الوصية والتبرع وغيرها

(فصل) وإن أقر لامرأته بمهر مثلاً أو دونه صح في قولهم جميعاً لأنهم فيه مخالفاً إلا الشعبي قال لا يجوز إقراره لها لأنه إقرار لوارث، ولنا أنه إقرار بما تحقق سببه وعلم وجوده ولم تعلم البراءة منه فأشبهه ما لو كان عليه دين بينة فأقر بأنه لم يوفه وكذلك إن اشترى من وارثه شيئاً فأقر له بثمن مثله لأن القول قول المقر له في أنه لم يقبض منه، وإن أقر لامرأته بدين سوى الصداق لم يقبل وإن أقر لها

عدداً يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا كذا درهما لزمه أحد عشر درهما لأنه أقل عدد مركب يفسر بالواحد المنصوب، وإن قال كذا وكذا درهما لزمه أحد وعشرون درهما لأنه أقل عدد عطف بعضه على بعض يفسر بذلك وإن قال كذا درهم بالجزم لزمه مائة لأنه أقل عدد يضاف إلى الواحد وحكي عن أبي يوسف أنه قال كذا كذا أو كذا وكذا يلزمه بهما أحد عشر درهما

ولنا أنه يحتمل ما قلنا ويحتمل ما قالوا فوجب المصير إلى ما قلنا لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك كما لو قال علي دراهم لم يلزمه إلا أقل الجمع ولا يلزم كثرة الاستعمال فإن اللفظ إذا كان حقيقة في الأمرين جاز التفسير بكل واحد منهما، وعلى ما ذكره محمد يكون اللفظ المفرد يوجب أكثر من المكرر فإنه يجب بالمفرد عشرون وبالمركب أحد عشر ولا نعرف لفظاً مفرداً متناولاً لعدد صحيح يلزم به أكثر مما يلزم بمكرره

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي ألف رجع في تفسيره إليه فإن فسر به باجناس قبل منه) لأنه يحتمل ذلك

(مسئلة) (وإن قال له علي ألف ودرهم أو ألف ودينار أو ألف وثوب أو فرس أو درهم

وألف أو دينار وألف فقال ابن حامد والقاضي الألف من جنس ما عطف عليه)

وبه قال أبو ثور وقال التميمي وأبو الخطاب يرجع في تفسير الألف إليه لأن الشيء يعطف على غير جنسه قال الله تعالى (يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) ولأن الألف مبهم فيرجع

ثم أبانها ثم رجع تزوجها ومات في مرضه لم يقبل إقراره لها وقال محمد بن الحسن يقبل لأنها صارت إلى حال لا يهتم فيها فأشبهه مالو أقر المريض ثم برأ، ولنا أنه إقرار لوارث في مرض الموت أشبهه مالو لم يبينها، وفارق ما إذا صح من مرضه لانه لا يكون مرض الموت

(فصل) وإن أقر لوارث فصار غير وارث كرجل أقر لأخيه ولأولاد له ثم ولد له ابن لم يصح إقراره له وإن أقر لغير وارث ثم صار وارثاً صح إقراره له نص عليه أحمد في رواية ابن منصور إذا أقر لامرأة بدين في المرض ثم تزوجها جاز إقراره لانه غير منهم وحكي له قول سفيان في رجل له ابنان فأقر لأحدهما بدين في مرضه ثم مات الابن وترك ابناً والاب حي ثم مات بعد ذلك جاز إقراره فقال أحمد لا يجوز وبهذا قال عثمان البتي وذكر أبو الخطاب رواية أخرى في الصورتين مخالفة لما قلنا وهو قول سفيان الثوري والشافعي لانه معنى يعتبر فيه عدم الميراث فكان الاعتبار فيه بحالة الموت كالوصية، ولنا أنه قول معتبر فيه التهمة فاعتبرت حال وجوده دون غيره كالشهادة ولانه اذا أقر لغير

في تفسيره الى المقر كما لو لم يعطف عليه، وقال أبو حنيفة ان عطف على المبهم مكيلاً أو موزوناً كان تفسيراً له، وان عطف مذروعاً أو معدوداً لم يكن تفسيراً لان علي للإيجاب في الذمة فاذا عطف عليه ما يثبت في ذمته بنفسه كان تفسيراً له كقوله مائة وخمسون درهما

ولنا أن العرب تكسبن بتفسير إحدى الجملتين عن الأخرى قال الله تعالى (ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسماً) وقال تعالى (عن اليمين وعن الشمال قعيد) ولانه ذكر مبهما مع تفسير لم قم الدليل على أنه من غير جنسه فكان المبهم من جنس المفسر كما لو قال مائة وخمسون درهما أو ثلاثمائة وثلاثة عشر رجلاً، بحقيقه أن المبهم يحتاج الى التفسير وذكر التفسير في الجملة المقارنة له يصلح أن يفسره بوجب حمل الامر على ذلك، وأما قوله أربعة أشهر وعشراً فانه امتنع أن تكون العشر أشهراً الوجهين (أحدهما) أن العشر بغير هاء عدد للمؤن والاشهر مذكرة فلا يجوز أن تعد بغير هاء (والثاني) أنها لو كانت أشهراً لقال أربعة عشر شهراً بالتركيب لا بالعطف كما قال (عليها تسعة عشر) وقولهم إن الالف مبهم قلنا قرن به ما يدل على تفسيره فأشبهه ما لو قال مائة وخمسون درهما أو مائة ودرهم عند أبي حنيفة فان قيل إذا قال مائة وخمسون درهما فالدرهم ذكر للتفسير ولهذا لا يراد به العدد فصلح تفسيراً لجميع ما قبله بخلاف قوله مائة ودرهم فانه ذكر الدرهم للإيجاب لا للتفسير بدليل أنه زاد به العدد قلنا هو صالح للإيجاب والتفسير معاً والحاجة داعية الى التفسير فوجب حمل الامر على ذلك صيانة لكلام المقر عن الالباس والابهام وصرنا له الى البيان والافهام، وقول أبي حنيفة إن علي للإيجاب قلنا فتى عطف ما يجب بها على ما لا يجب وكان أحدهما مبهما والآخر مفسراً وأمكن تفسيره به وجب ان يكون المبهم من جنس المفسر، فاما ان لم يكن من جنس المفسر مثل أن يعطف عدد المذكر (المنفي والشرح الكبير) (٤٤) (الجزء الخامس)

وارث ثبت الاقرار وصح لوجوده من أهله خالياً عن تهمة فيثبت الحق به ولم يوجد سقط له فلا يسقط وإذا أقر لوarith وقم باطلا لاقران التهمة به فلا يصح بعد ذلك ولانه اقرار لوarith فلم يصح كما لو استمر الميراث وان أقر لغير وارث صح واستمر كما لو استمر عدم الارث أما الوصية فانها عطية بعد الموت فاعتبرت فيها حالة الموت بخلاف مسئلتنا

(فصل) وان أقر لوarith وأجنبي بطل في حق الوarith وصح في حق الاجنبي ويحتمل أن لا يصح في حق الاجنبي كما لو شهد بشهادة يجر الى نفسه بعضها بطات شهادته في السكل وكما لو شهد لابنه وأجنبي، وقال أبو حنيفة ان اقر لها بدين من الشركة فاعترف الاجنبي بالشركة صح الاقرار لهما وان جردها صح له دون الوarith، ولنا أنه إقرار لوarith وأجنبي فيصح للاجنبي دون الوarith كما لو أقر بلفظين أو كما لو وجد الاجنبي الشركة، وبفارق الاقرار الشهادة لقوة الاقرار ولذلك لا تعتبر فيه العدالة، ولو أقر بشيء له فيه نفع كالاقرار بنسب مؤسر قبل ولو أقر بشيء يتضمن دعوى على غيره

على المؤنث أو بالعكس ونحو ذلك فلا يكون أحدهما من جنس الآخر ويبقى المبهم على إبهامه كما لو قال له أربعة دراهم وعشر

(مسئلة) (وان قال له على ألف وخمسون درهما أو خمسون ألف درهم فالجميع دراهم)

ويحتمل على قول التميمي ان يرجع في تفسير الالف اليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي وكذلك ان قال ألف وثلاثة دراهم أو مائة وألف درهم والصحيح الاول فان الدرهم المفسر يكون تفسيراً للجميع ما قبله من الجمل المبهمة وجنس العدد قال الله تعالى مخبراً عن أحد الخصمين أنه قال (ان هذا أخي له تسع وتسعون نعجة) وفي الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي وهو ابن ثلاث وستين سنة وقال عنتره :

فيهان اثنتان وأربعون حلوبة * سوداً كخافية الغراب الاسحم

ولان الدرهم ذكر تفسيراً ولهذا لا يجب به زيادة على العدد المذكور فكان تفسيراً للجميع ما قبله ولانها تحتاج الى تفسير وهو صالح لتفسيرها فوجب جملة على ذلك وهذا المعنى موجود في قوله ألف وثلاثة دراهم وسائر الصور المذكورة، فعلى قول من لا يجعل الجمل من جنس المفسر لو قال بعتك هذا بمائة وخمسين درهما أو بخمسة وعشرين درهما لا يصح وهو قول شاذ ضعيف لا يعول عليه وان قال له على ألف درهم الاخمين فالمستثنى دراهم لان العرب لا تستثنى في الاثبات إلا من الجنس

(مسئلة) (وهذا اختيار ابن حامد والقاضي وقال أبو الحسن التميمي وأبو الخطاب يكون الالف مبهما

يرجع في تفسيره اليه وهو قول مالك والشافعي).

لان الاستثناء عندهما يصح من غير الجنس ولان لفظه في الالف مبهم والدرهم لم يذكر تفسيراً له فبقى على إبهامه .

قبل فيها عليه دون ماله كما لو قال لامرأته خلعتك على الف بانت باقراره والقول قولها في نفي الموضع وإن قال لعبده اشتريت نفسك مني بالف فكذلك.

(فصل) ويصح إقرار المريض بوارث في إحدى الروايتين والأخرى لا يصح لأنه إقرار لوارث فأشبه الإقرار له بمال والاول أصح لأنه عند الإقرار غير وارث فصح كما لو لم يصر وارثاً ويمكن بناء هذه المسئلة على ما إذا أقر لغير وارث ثم صار وارثاً فمن صحح الإقرار ثم صححه هنا ومن أبطله أبطله، وإن ملك ابن عمه فأقر في مرضه أنه كان أعنته في صحته وهو أقرب نصبته عتق ولم يرثه لأن تورثه يوجب إبطال الإقرار بحريته وإذا بطلت الحرية سقط الارث فصار تورثه سبباً إلى إسقاط تورثه فأسقطنا التورث وحده، ويحتمل أن يرث لأنه حين الإقرار غير وارث فصح إقراره له كالمسئلة قبلها.

(فصل) ويصح الإقرار من المريض باحبال الأمة لأنه يملك ذلك فملك الإقرار به وكذلك كل مملكته ملك الإقرار به فإذا أقر بذلك ثم مات فإن بين أنه استولدها في ملكه فولده حر الأصل وأمه

ولنا أنه لم يرد عن العرب الاستثناء في الإثبات إلا من الجنس فتى علم أحد الطرفين علم أن الآخر من جنسه كما لو علم المستثنى منه وقد سلموه وعلمته تلازم المستثنى والمستثنى منه في الجنس فثبت في أحدهما ثبت في الآخر فعلى قول أبي الحسن التميمي وأبي الخطاب يسئل عن المستثنى فإن فسر به غير الجنس بطل الاستثناء وعلى قول غيرها ينظر في المستثنى أن كان مثل المستثنى منه أو أكثر يطل في الأصح (فصل) وإن قال له تسعة وتسعون درهما فألجيع ذراهم ولا أعلم فيه خلافاً وكذلك أن قال مائة وخمسون درهما، وخرج بعض أصحابنا وجهاً أنه لا يكون تفسيراً إلا لما يليه وهو قول بعض أصحاب الشافعي

(مسئلة) (وإن قال له في هذا العبد شركة أو هو شريكي فيه أو هو شركة بينهما رجع إلى تفسير نصيب الشريك إليه)

وقال أبو يوسف يكون مقراً بنصفه لقول الله تعالى (فهم شركاء في الثلث) فاتفق ذلك التسوية بينهم كذا هنا.

ولنا أن أي جزء كان له منه فله فيه شركة فكان له تفسيره بما شاء كالنصف وليس إطلاق لفظ الشركة على مادون النصف مجازاً ولا مخالفاً للظاهر والآية ثبتت التسوية فيها بدليل آخر، وكذلك الحكم إذا قال هذا العبد شركة بيننا وإن قال له فيه سهم فكذلك وقال القاضي يحمل على السدس كالوصية

(مسئلة) (وإن قال له علي أكثر من مال فلان قيل له فسر فإن فسر به أكثر منه قدرنا قبل وإن قال أردت أكثر بقاء ونفعاً لأن الحلال أنقع من الحرام قبل قوله مع عينه) سواء علم مال فلان أو جهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أما إذا فسر به أكثر منه قدرنا فإنه يقبل تفسيره ويلزمه أكثر منه وتفسر الزيادة بما يريد من قليل أو كثير ولوجه حنطة، ولو قال ما علمت لفلان أكثر من كذا وقامت البينة بأكثر منه لم يلزمه

أم ولد تعتق من رأس المال وإن قال من نكاح أو وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وعتق الولد فإن كان من نكاح فعليه الولاء لانه مسه رق وإن قال من وطء شبهة لم تصر الامة أم ولد وإن لم يتبين السبب فالامة مملوكة لان الاصل الرق ولم يثبت سبب الحرية ويحمل ان تصير أم ولد لان الظاهر استيلاؤها في ملكه من قبل أنها مملوكته والولادة موجودة ولا ولاء على الولد لان الاصل عدمه فلا يثبت الا بدليل .

(فصل) في الالفاظ التي يثبت بها الاقرار اذا قال : له علي الف ، أو قال : له لي عليك الف ، فقال نعم أو أجل أو صدقت أو لعمرى أو أنا مقر به أو بما ادعيت أو بدعواك ، كان مقراً في جميع ذلك لان هذه الالفاظ وضعت للتصديق قال الله تعالى (هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم) وإن قال أليس لي عندك الف ؟ قال بلى ، كان اقراراً صحيحاً ، لان بلى جواب للسؤال بحرف النفي قال الله تعالى (ألسنت ربكم قالوا بلى) وإن قال لك علي الف في علمي أو فيها أعلم كان مقراً به لان ما في علمه لا يحتمل الا الوجوب وإن قال اقضني الف الذي لي عليك قال نعم ، كان مقراً به لانه تصديق

اكثر مما اعترف به لان مبلغ المال حقيقة لا تعرف في الاكثر وقد يكون ظاهراً وباطناً يملك ما يعرفه المقر فكان المرجع الى ما اعتقده المقر مع يمينه إذا ادعى عليه اكثر منه وإن فسره بأقل من ماله مع علمه بماله لم يقبل ، وقال أصحابنا يقبل تفسيره بالكثير والقليل وهو مذهب الشافعي سواء علم مال فلان أوجهله أو ذكر قدره أو لم يذكره أو قاله عقيب الشهادة بقدره أولاً لانه لا يحتمل انه اكثر منه بقاء أو منفعة أو بركة لكونه من الحلال أو لانه في الذمة ، قال القاضي ولو قال لي عليك الف دينار فقال لك علي اكثر من ذلك لم يلزمه اكثر منها لان لفظه اكثر مبهم لاحتمالها ما ذكرنا ويحتمل أنه أراد أكثر منه فلوساً أو حبة حنطة أو شعير أو دخن فبرجع في تفسيرها اليه وهذا بعيد فان لفظه أكثر انما تستعمل حقيقة في العدد أو في التقدير وينصرف الى جنس ما أضيف أكثر اليه لا يفهم في الاطلاق غير ذلك قال الله تعالى (كانوا اكثر منهم) وأخبر عن الذي قال (أنا اكثر منك مالا) وقالوا نحن أكثر أموالاً وأولاداً) والاقرار يؤخذ فيه بالظاهر دون مطلق الاحتمال ، ولهذا لو اقر بدراهم لزمه أقل الجمع حياداً صحاحاً وازنة حالة ولو قال له علي دراهم لم يقبل تفسيرها بالوديعة ولو رجع الى مطلق الاحتمال سقط الاقرار واحتمال ما ذكره أبعد من هذه الاحتمالات التي لم يقبلوا تفسيره بها فلا يعمل على هذا

(مسئلة) (ولو ادعى عليه ديناً فقال لفلان علي اكثر مما لك ، وقال أردت التهزيء لم يلزمه ويرجع في تفسيره اليه في أحد الوجهين)

وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه أقر لفلان بحق موصوف بالزيادة على مال المدعي فيجب عليه ما أقر به لفلان ويجب للمدعي حق لان لفظه يقتضي أن يكون له شيء ، وفي الآخر لا يلزمه شيء لانه يجوز ان يكون أراد حقتك علي اكثر من حقه والحق لا يختص بالمال

لما ادعاه ، وان قال اشترع عدي هذا أو اعطني عدي هذا فقال نعم كان اقراراً لما ذكرنا ، وإن قال لك علي الف إن شاء الله تعالى كان مقراً به نص عليه احمد وقال أصحاب الشافعي ليس باقرار لانه علق لإقراره على شرط فلم يصح كما لو علقه على مشيئة زيد ولان ما علق على مشيئة الله تعالى لاسيما الى معرفته . ولنا انه وصل لإقراره بما يرفعه كله ولا يصرفه إلى غير الاقرار فلزمه ما أقر به وبطل ما وصله به كما لو قال له علي الف إلا الفاً ولانه عقب الاقرار بما لا يفيد حكماً آخر ولا يقتضي رفع الحكم أشبه ما لو قال : له علي الف في مشيئة الله تعالى ، وإن قال : له علي الف إلا أن يشاء الله صح الاقرار لانه أقر ثم علق رفع الاقرار على أمر لا يعلم فلم يرتفع وإن قال : لك علي الف ان شئت أو ان شاء زيد لم يصح الاقرار ، وقال القاضي يصح لانه عقبه بما يرفعه فصح الاقرار دون ما يرفعه كاستثناء الكل وكما لو قال ان شاء الله .

ولنا انه علقه على شرط يمكن عمله فلم يصح كما لو قال : له علي الف ان شهد بها فلان وذلك لان

(فصل) اذا قال له علي الف إلا شيئاً قبل تفسيره بأكثر من خمسمائة لان الشيء يحتمل الكثير والقليل لكن لا يجوز استثناء الأكثر فيعين حمله على ما دون النصف ، وكذلك ان قال إلا قليلاً لانه مبهم فأشبهه قوله إلا شيئاً وإن قال له علي معظم الف أو جل الف أو قريب من الف لزمه أكثر من نصف الالف ويخلف على الزيادة ان ادعت عليه

(فصل) وان قال له علي ما بين درهم وعشرة لزمته ثمانية لان ذلك ما بينها وان قال من درهم الى عشرة ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يلزمه تسعة وهذا يحكى عن أبي حنيفة لان من لا ابتداء الغاية وأول الغاية منها وإلى لا انتهاء الغاية فلا تدخل فيها كقوله تعالى (ثم آتموا الصيام الى الليل) (والثاني) تلزمه ثمانية لان الاول والعاشر حدان فلا يدخلان في الاقرار ويلزمه ما بينهما كالتي قبلها .

(والثالث) تلزمه عشرة لان العاشر أحد الطرفين فيدخل فيها كالاول وكما لو قال قرأت القرآن من أوله الى آخره ، وان قال أردت بقولي من واحد الى عشرة مجموع الاعداد كلها أي الواحد والاثنان كذلك الى العشرة لزمه خمسة وخمسون درهماً واختصار حسابه أن تزيد أول العدد وهو واحد على العشرة فيصير أحد عشر ثم اضربها في نصف العشرة فما بلغ فهو الجواب

(مسألة) (وان قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو فوقه أو تحته أو قبله أو بعده أو معه درهم أو درهمين أو درهم بل درهمان أو درهم بل درهم لزمه درهمان) اذا قال له علي درهم فوق درهم أو تحت درهم أو معه درهم أو مع درهم فقال القاضي يلزمه درهم وهو أحد قولي الشافعي لانه يحتمل فوق درهم في الجودة او فوق درهم لي وكذلك تحت درهم ، وقوله معه درهم يحتمل معه درهم لي وكذلك مع درهم فلم يجب الزائد بالاحتمال ، وقال ابو الخطاب يلزمه درهمان وهو القول الثاني للشافعي لان هذا اللفظ يجري مجرى العطف لكونه يقتضي ضم درهم آخر اليه وقد ذكر ذلك في سياق الاقرار

الاقرار اخبار بحق سابق فلا يتعاقى على شرط مستقبل، ويفارق التعليق على مشيئة الله تعالى فان مشيئة الله تعالى تذكر في الكلام تبركا وصلة وتقويصاً الى الله تعالى لا للاشتراط كقول الله تعالى (لتدخلن المسجد الحرام ان شاء الله آمنين مخلفين ره وسكم) وقد علم الله أنهم سيدخلون بغير شك ويقول الناس صابنا ان شاء الله تعالى مع تيقنهم صلاحهم، بخلاف مشيئة الآدمي (الثاني) ان مشيئة الله تعالى لا تعلم إلا بوقوع الامر فلا يمكن وقف الامر على وجودها، ومشيئة الآدمي يمكن العلم بها فيمكن جعلها شرطاً بتوقف الامر على وجودها، والماضي لا يمكن وقفه فيتعين حمل الامر ههنا على المستقبل فيكون وعداً لا إقراراً، وان قال بمتك ان شاء الله تعالى أو زوجتك إن شاء الله تعالى فقال أبو اسحاق بن شاقلا لا أعلم خلافاً عنه في أنه إذا قيل له قبلت هذا النكاح ؟ فقال نعم إن شاء الله تعالى ان النكاح وقع به قال أبو حنيفة ولو قال بمتك بألف إن شئت فقال قد شئت وقبلت صح لان هذا الشرط من موجب العقد ومقتضاه فان الإيجاب إذا وجد من البائع كان القبول إلى مشيئة المشتري واختياره وان

فالظاهر انه اقرار، ولان قوله علي يقتضي في ذمتي وليس للمقر في ذمة نفسه درهم مع درهم المقر له ولا فوقه ولا تحته فانه لا يثبت للانسان في ذمة نفسه شيء، وقال أبو حنيفة واصحابه ان قال فوق درهم لزمه درهمان لان فوق يقتضي في الظاهر الزيادة وان قال تحت درهم لزمه درهم لان تحت يقتضي النقص.

ولنا ان حمل كلامه على معنى العطف فلا فرق بينهما وان حمل على الصفة للدهرم المقر به وجب أن يكون المقر به درهماً واحداً سواء ذكره بما يقتضي زيادة او نقصا، وان قال له علي درهم قبله درهم أو بعده درهم لزمه درهمان فان قال قبله درهم وبعده درهم لزمه ثلاثة لان قبل وبعده تستعمل للتقديم والتأخير

﴿مسئلة﴾ (وإن قال له علي درهم ودرهم أو درهم فدرهم أو درهم ثم درهم لزمه درهمان) وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه، وذكر القاضي وجهاً فيما اذا قال درهم فدرهم وقال أردت درهم فدرهم لازم لي أنه يقبل منه وهو قول الشافعي لانه يحتمل الصفة

ولنا أن الفاء أحد حروف العطف الثلاثة فأشبهت الواو وتم ولانه عطف شيئاً على شيء بالفاء فاقضى ثبوتها كما لو قال أنت طالق فطالق وقد سلمه الشافعي، وما ذكره من احتمال الصفة بعيد لا يفهم حالة الإطلاق فلا يقبل تفسيره به كما لو فسر الدراهم المطلقة بأنها زبوف أو صفار أو موجهة، وان قال له علي درهم ودرهم ودرهم لزمه ثلاثة وحكى ابن ابي موسى عن بعض اصحابنا انه اذا قال أردت بلثالث تأكيد الثاني ويأنه انه يقبل وهو قول بعض اصحاب الشافعي لان الثالث في لفظ الثاني وظاهر مذهبه انه تلزمه الثلاثة لان الواو للعطف وهو يقتضي المغايرة فوجب ان يكون الثالث غير الثاني كما كان الثاني غير الاول والاقرار لا يقتضي تأكيداً فوجب حمله على العدد، وكذلك الحكم

قال : له علي الفان ان قدم فلان لم يلزمه لانه لم يقر بها في الحال ومالا يلزمه في الحال لا بصير واجباً عند وجود الشرط ، وإن قال : إن شهد فلان دلي لك بألف صدقته لم يكن إقراراً لانه يجوز ان يصدق الكاذب، وإن قال إن شهد بها فلان فهو صادق احتمال أن لا يكون إقراراً لانه علقه على شرط فأشبهت التي قبلها واحتمل أن يكون إقراراً في الحال لانه يتصور صدقه إذا شهد بها إلا أن تكون ثابتة في الحال وقد أقر بصدقه وإن قال له علي الف إن شهد بها فلان لم يكن إقراراً لانه معلق على شرط.

(فصل) وإن قال : لي عليك الف فقال أنا أقر لم يكن إقراراً لانه وعد بالإقرار في المستقبل وإن قال لا أنكر لم يكن إقراراً لانه لا يلزم من عدم الانكار الإقرار فان بينهما قسماً آخر وهو السكوت عنها وإن قال لا أنكر أن تكون محققاً لم يكن إقراراً لذلك وإن قال أنا مقر ولم يزد احتمال أن يكون مقراً لأن ذلك عقيب الدعوى فيصرف اليها وكذلك ان قال أقررت قال الله تعالى (قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري؟ قالوا أقررنا) ولم يقولوا أقررنا بذلك ولا زادوا عليه فكان منهم إقراراً واحتمل

إذا قال علي درهم فدرهم او درهم ثم درهم ثم درهم فان قال له علي درهم ودرهم ثم درهم او درهم فدرهم ثم درهم او درهم ثم درهم فدرهم لزمته الثلاثة وجهاً واحداً لأن الثالث مغاير للثاني لاختلاف حرفي العطف الداخلين فلم يحتمل التأني كيد

(مسألة) (فان قال له علي درهم بل درهمان او درهم لكن درهمان لزمه درهمان وبه قال الشافعي وقال زفر وداود تلزمه ثلاثة لأن بل للاضراب فلما أقر بدرهم واضرب عنه لزمه لانه لا يقبل وجوعه عما أقر به ولزمه الدرهمان اللذان أقر بهما

ولنا انه إنما نفي الاقتصار على واحد واثبت الزيادة عليه فأشبه ما لو قال له علي درهم بل أكثر فانه لا يلزمه أكثر من اثنين .

(مسألة) (وإن قال له علي درهمان بل درهم او درهم لكن درهم فهل يلزمه درهم او درهمان؟ على وجهين) ذكرهما أبو بكر (احدهما) يلزمه درهم واحد لأن أحد قال فيمن قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق انها لا تطلق إلا واحدة وهذا مذهب الشافعي لانه أقر بدرهم مرتين فلم يلزمه أكثر من درهم كما لو أقر بدرهم ثم أنكره ثم قال بل علي درهم، ولكن للاستدراك فهي في معنى بل إلا ان الصحيح انها لا تستعمل إلا بعد الجحد إلا أن يذكر بعدها الجملة (والوجه الثاني) يلزمه درهمان ذكره ابن أبي موسى وأبو بكر عبد العزيز ويقتضيه قول زفر وداود لأن ما بعد الاضراب يفاير ما قبله فيجب أن يكون الدرهم الذي أضرب عنه غير الدرهم الذي أقر به بعده فيجب الاثبات كما لو قال له علي درهم بل دينار ولان بل من حروف العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فوجباً جميعاً كما لو قال له علي درهم ودرهم ولانا لو لم نوجب عليه الا درهما جعلنا كلامه لنوياً واضرابه غير مفيد والاصل في كلام العاقل أن يكون مفيداً .

أن لا يكون مقراً لأنه يحتمل أن يريد غير ذلك مثل أن يريد أنا مقر بالشهادة أو بطلان دعواه وان قال لعل أو عسى لم يكن مقراً لأنها للترجي، وان قال أظن أو أحب أو أقدر لم يكن اقراراً لان هذه الالفاظ تستعمل للشك، وان قال خذ أو اتزن لم يكن مقراً لانه يحتمل خذ الجواب أو اتزن شيئاً آخر، وان قال خذها أو اتزنها أو هي صحاح ففيه وجهان (أحدهما) ليس باقرار لان الصفة ترجع الى المدعى ولم يقر بوجوبه ولانه يجوز أن يعطيه ما يدعيه من غير أن يكون واجبا عليه فأمره

(مسئلة) (ولو قال له علي هذا الدرهم بل هذان الدرهمان لزمته الثلاثة) لا نعلم في ذلك خلافاً لانه متى كان الذي أضرب عنه لا يمكن أن يكون المذكور بعده ولا بعضه مثل أن يقول له علي درهم بل دينار أو قفيز خطئة بل قفيز شعير لزمه الجميع لان الاول لا يمكن ان يكون الثاني ولا بعضه فكان مقراً بها ولا يقبل رجوعه عن شيء منهما وكذلك كل جملتين اقر باحدهما ثم رجع الى الاخرى لزمه

(مسئلة) (وان قال درهم في دينار لزمه درهم وان قال له علي درهم في عشرة لزمه درهم إلا ان يريد الحساب فيلزمه عشرة، اما اذا قال له عندي درهم في دينار فانه يسئل عن مراده فان قال اردت العطف أو معنى مع لزمه الدرهم والدينار وان قال أسلمته في دينار فصدقه المقر له بطل اقراره لان سلم أحد التقدين في الآخر لا يصح وان كذبه فالقول قول المقر له لان المقر وصل اقراره بما يسقطه فلزمه درهم وبطل قوله في دينار وكذلك ان قال له درهم في ثوب وفسره بالسلم أو قال في ثوب اشتريته منه الى سنة فصدقه بطل اقراره لانه ان كان بعد التفرق بطل السلم وسقط الثمن وان كان قبل التفرق فالمقر بالخيار بين الفسخ والإمضاء وان كذبه المقر له فالقول قوله مع يمينه وله الدرهم وأما اذا قال درهم في عشرة وقال أردت في عشرة لي لزمه درهم لانه يحتمل ما يقول وان قال أردت الحساب لزمه عشرة وان قال أردت مع عشرة لزمه أحد عشر لان كثيراً من العوام يريدون بهذا اللفظ هذا المعنى فان كان من أهل الحساب احتمل أن لا يقبل لان الظاهر من الحساب استعمال اللفاظ في معانيها في اصطلاحهم ويحتمل أن يقبل فانه لا يمتنع ان يستعمل اصطلاح العامة

(مسئلة) (وان قال له عندي تمر في جراب أو سكين في قراب أو ثوب في منديل أو عبد عليه عمامة أو دابة عليها سرج فهل يكون مقراً بالمظروف دون الظرف؟ وجهان)

(أحدهما) يكون مقراً بالمظروف دون الظرف وهذا اختيار ابن حامد ومذهب مالك والشافعي لان اقراره يتناول الظرف فيحتمل أن يكون في ظرف للمقر فلم يلزمه (والثاني) يلزمه الجميع لانه ذكر ذلك في سياق الاقرار فلزمه كما لو قال له علي خاتم فيه فص وكذلك ان قال غصبت منه ثوبا في منديل أو زيتاً في زق، واختار شيخنا فيما اذا قال عبد عليه عمامة أن يكون مقراً بهما وهو قول أصحاب الشافعي وقال أبو حنيفة في النصب يلزمه ولا يلزمه في بقية الصور لان المنديل يكون ظرفاً للثوب فالظاهر انه ظرف له في حال النصب فصار كانه قال غصبت ثوباً ومنديلاً

بأخذها أولى أن لا يلزم منه الوجوب (والثاني) يكون اقرارا لان الضمير يعود الى ما تقدم وان قال له علي الف اذا جاء رأس الشهر أو اذا جاء رأس الشهر فله علي الف فقال اصحابنا الاول اقرار والثاني ليس باقرار وهذا منصوص الشافعي لانه في الاول بدأ بالاقرار والثاني ليس باقرار ثم عقبه بما لا يقتضي رفعه لان قوله اذا جاء رأس الشهر يحتمل أنه أراد الحل فلا يطل الاقرار بامر محتمل وفي الثاني بدأ بالشرط فعلق عليه لفظا يصلح للاقرار ويصلح للوعد فلا يكون اقرارا مع الاحتمال ويحتمل أنه لا فرق بينهما لان تقديم الشرط وتأخيرها سواء فيكون فيها جميعاً وجهان

ولنا أنه يحتمل ان يكون المنديل للناصب وهو ظرف للثوب فيقول غصبت ثوباً في منديل ولو قال هذا لم يكن مقراً بفصه فاذا أطلق كان محتملاً فلم يكن مقراً بفصه كما لو قال غصبت دابة في اصطبلها **(مسئلة)** (وان قال له عندي خاتم فيه فص فهو مقربهما)

لان الفص جزء من الخاتم فأشبه ما لو قال له علي ثوب فيه علم ويحتمل أن يخرج على الوجوب فيكون مقراً بالخاتم وحده، وان قال فص في خاتم احتمل وجهين، فان قال له عندي خاتم وأطلق لزمه الخاتم بفصه لان اسم الخاتم يجمعهما وكذلك ان قال له علي ثوب مطرز لزمه الثوب بطرازه لما ذكرناه. (فصل) وان قال له عندي دار مفروشة أو دابة مسرجة أو عبد عليه عمامة ففيه أيضاً وجهان ذكرناهما وقال أصحاب الشافعي تلزمه عمامة العبد دون السرج لان العبد يده على عمامته ويده كيد سيده ولا يد للدابة والدار.

ولنا أن الظاهر أن سرج الدابة لصاحبها وكذلك لو تنازع رجلان سرجاً على دابة أحدهما كان لصاحبها فهو كعمامة العبد فاما ان قال له عندي دابة بسرجها أو دار بفرضها أو سفينة بطعامها كان مقراً بهما بغير خلاف لان الباء تعلق الثاني بالاول

(مسئلة) (وان قال له علي درهم أو دينار لزمه أحدهما يرجع في تفسيره اليه) لان أو وإما في الخبر الشك وتقتضي أحد المذكورين لهما فان قال له علي إما درهم وإما درهمان كان مقراً بدرهم والثاني مشكوك فيه فلا يلزم بالشك

كتاب العارية

(مسئلة) قال (والعارية مضمونة وان لم يتعد فيها المستعير)

العارية اباحة الاتفاع بين من اعيان المال مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول عاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (ويعتقون الماعون) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالا العواري وفسرها ابن مسعود فقال القدر والميزان والدلو، وأما السنة فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة عام حجة الوداع «العارية مؤداة والدين مقضي والمنحة مردودة والزعم غارم» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين فقال اغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود، واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها، ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا. اذا ثبت هذا فان العارية مندوب اليها وليست واجبة في قول أكثر اهل العلم، وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق فخلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى مانع العارية وتوعده رسول الله ﷺ بما ذكر في خبره

كتاب العارية

وهي مشتقة من عار الشيء اذا ذهب وجاء ومنه قيل للبطل عيار لتردده في بطالته، والعرب تقول أطاره وعاره مثل أطاعه وطاعه، وهي اباحة الاتفاع بين من اعيان المال، والاصل فيها الكتاب والسنة والاجماع. أما الكتاب فقوله تعالى ويعتقون الماعون روي عن ابن عباس وابن مسعود قالا العواري وفسرها ابن مسعود قال القدر والميزان والدلو. وأما السنة فروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبته في حجة الوداع «العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعم غارم» قال الترمذي حديث حسن غريب وروي صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعا يوم حنين فقال أغصبا يا محمد؟ قال «بل عارية مضمونة» رواه أبو داود

واجمع المسلمون على جواز العارية واستحبابها ولأنه لما جازت هبة الاعيان جازت هبة المنافع ولذلك صحت الوصية بالاعيان والمنافع جميعا، وهي مندوب اليها غير واجبة في قول أكثر اهل العلم وقيل هي واجبة للآية ولما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ما من صاحب ابل لا يؤدي حقها» الحديث قيل يا رسول الله وما حقها؟ قال «إعارة دلوها وإطراق فخلها ومنحة لبنها يوم وردها» فذم الله تعالى

ولنا قول النبي ﷺ « اذا أدبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي ﷺ انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل رسول الله ﷺ ما ذا فرض الله علي من الصدقة ؟ قال « الزكاة » فقال هل علي غيرها ؟ قال « لا الا ان تطوع شيئاً » او كما قال، والآية فسرهما ابن عمر والحسن البصري بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون. ويجب رد العارية ان كانت باقية بغير خلاف، ويجب ضمانها ان كانت تالفة تعدى فيها المستعير او لم يتعدروي ذلك عن ابن عباس وابي هريرة واليه ذهب عطاء والشافعي واسحاق، وقال الحسن والنخعي والشعبي وعمر بن عبدالعزيز والثوري وابو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة هي امانة لا يجب ضمانها الا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده ان النبي ﷺ قال « ليس على المستعير غير المغفل ضمان » ولانه قبضها باذن مالكيها فكانت امانة كالوديعة » قالوا وقول النبي ﷺ « العارية مؤدومة » يدل على انها امانة لقول الله تعالى (ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها)

ولنا قول النبي ﷺ في حديث صفوان « بل عارية مضمونة » وروى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ انه قال « على اليد ما اخذت حتى تؤديه » رواه ابو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولانه اخذ ملك غيره انفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا اذن في الاتلاف

مانع العارية وتوعده رسول الله صلى الله عليه وسلم بما ذكره في خبره

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم « اذا ادبت زكاة مالك فقد قضيت ما عليك » رواه ابن المنذر وروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ليس في المال حق سوى الزكاة » وفي حديث الاعرابي الذي سأل النبي صلى الله عليه وسلم ماذا فرض الله علي من الصدقة ؟ او قال الزكاة، قال هل علي غيرها ؟ قال « لا، الا أن تطوع شيئاً » او كما قال والآية فسرهما ابن عمر والحسن بالزكاة وكذلك زيد بن أسلم وقال عكرمة اذا جمع ثلاثتها فله الويل اذا سها عن الصلاة وراى ومنع الماعون .

(فصل) ولا تجوز إلا من جائز الصرف لانه تصرف في المال أشبه البيع وتنقذ بكل لفظ أو فعل يدل عليها كقوله أعرنك هذا ، أو يدفع اليه شيئاً وقول أبحتك الاتفاق به أو خذ هذا فانتفع به أو يقول أعرنني هذا أو اعطني أركبه أو أحمل عليه فيسلمه اليه وأشياء هذا لانه اباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف .

﴿ مسألة ﴾ (وهي هبة منفعه تجوز في كل المنافع الا منافع البضع)

تجوز اعارة كل عين ينتفع بها بمنفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعيود والجواري والبواب والثياب والحلي للباس والفحل للضراب والسكاب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار ادراجاً وذكر اعارة دلوها وفخها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فثبت الحكم في هذه الاعتباء

فكان مضمونا كالفاصل والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الجار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب، وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل انه أراد ضمان المنافع والاجزاء وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حفص العسكري يسقط ، قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وهو قول قتادة والعنبري لانه لو أذن في إنائها لم يجب ضمانها فكذلك إذا أسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري أنها لا تضمن إلا ان يشترط ضمانها فيجب لقول النبي ﷺ «لصفوان» بل عارية مضمونة

ولنا أن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الامانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي ﷺ أخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الائلاف فإن الائلاف فعل يصح الاذن فيه ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجبا للضمان مع الاذن فيه ، وإسقاط الضمان هنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه . (فصل) وإذا انتفع بها وردّها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في إنائها فلا يجب عوضها ، وإن تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال فعليها ضمانها لان ما ضمن جملته ضمنت أجزاؤه كالمقصوب ، وأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة وخف الثوب بلبسه ففيه

وما عداها يقاس عليها إذا كان في معناها ولان ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك اباخته إذا لم يمنع منه مانع كالتياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير للوزن فان استعارها ائتمنّها فهو قرض وهذا قول أصحاب الرأي ، وقيل لا يجوز ذلك ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئا وإنما ان هذا معنى القرض فان عقد القرض به كما لو صرح به . فأما منافع البضع فلا تستباح بالبذل ولا بالاباحة أجماعا وانما يباح بأحد شيئين الزوجية وملك اليمين قال الله سبحانه (والذين هم لفروجهم حافظون * إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) ولان منافع البضيم لو ائتمنت بالبذل والعارية لم يحرم الزنا لان الزانية تبذل نفعا له والزاني مثلها

﴿مسئلة﴾ (ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر) لانه لا يجوز تمكينه من استخدامه فلم تجز عاريته لذلك ولا تجوز اعارة الصيد لحرم لانه لا يجوز له اساكه

﴿مسئلة﴾ (ويكره اعارة الامة الشابة لرجل غير محرّمها)

ان كان مخلو بها وينظر اليها لانه لا يؤمن عليها فان كانت شوهاء أو كبيرة فلا بأس لانها لا يشتبه مثلها وتجاوز اعارتها لا امرأة ولذي محرّمها لعدم ذلك ، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه أو يصلي الله تعالى فيها ولا اعارة عبد لزم أو لسقيه الخمر أو يحملها اليه أو يمصرها ونحو ذلك لانه اعانة على المحرم

﴿مسئلة﴾ (واستعارة والد به للخدمة) لانه يكره استخدامهما فكره استعارتهما لذلك

وجبان (أحدهما) يجب ضمانه لأنها أجزاء عين مضمونة فكانت مضمونة كما لو كانت منصوبة ولأنها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فضمن إذا تلفت وحدها كسائر الأجزاء (والثاني) لا يضمنها وهو قول الشافعي لأن الأذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالتلفع وكذا لو أذن في اتلافها صريحاً، وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لأنه لا يمكن تمييزها من العين ولأنه إنما أذن في اتلافها على وجه الاتفاع فإذا تلفت العين قبل ذلك فقد فانت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجر العين المستعارة فإنه يضمن منافعتها، فإذا قلنا لا يضمن الأجزاء فتلفت العين بعد ذهابها بالاستعمال فإنها تقوم حال التلف لأن الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في اتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وإن قلنا يجب ضمان الأجزاء قومت العين قبل تلف أجزائها، وإن تلفت العين قبل ذهاب أجزائها ضمنها كلها بأجزائها، وكذلك لو تلفت الأجزاء باستعمال غير مأذون فيه مثل أن يغير ثوباً ليابس فخل فيه ثوباً فإنه يضمن نقصه ومنافعه لأنه تلف بتعديده وإن تلف بغير تعد منه ولا استعمال كتلفها لطول الزمان عليها ووقوع نار عليها فينبغي أن يضمن ما تلف منها بالنار نحوها لأنه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فأشبه تلفها بفعل غير مأذون فيه، وما تلف بمرور الزمان عليه يكون حكمه حكم ما تلف بالاستعمال لأنه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه. (فصل) فأما ولد المارية فلا يجب ضمانه في أحد الوجهين لأنه لم يدخل في الإعارة فلم يدخل

(مسألة) (وللعير الرجوع فيها متى شاء ما لم يأذن في شغلها بشيء يستتضر المستعير برجوعه)

يجوز المارية مطلقه ومؤقته لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والعير الرجوع فيها متى شاء سواء كانت مطلقه أو مؤقته وهذا قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك أن كانت مؤقته فليس له الرجوع قبل الوقت وإن لم يوقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لأن العير قد ملكه المنفعة مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بغير رضى المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر

ولنا أن المافع المستقبلة لم تحصل في يده فلم يملكها بالإعارة كما لو لم تحصل العين في يده ولأن المنافع إنما تستوفي شيئاً فشيئاً فكما استوفى منفعة فقد قبضها والذي لم يستوفه لم يقبضه فجاز الرجوع فيه كالهبة قبل القبض، وأما العبد الموصى بخدمته فله وصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فهو مملوك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز المستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعلمه لأنه إباحة فكان لمن أيسح له تركه كإباحة الطعام

(مسألة) (فإن أذن له في شغلها بشيء يستتضر المستعير برجوعه فيه لم يحز له الرجوع)

لما فيه من أضرار بالمستعير، مثل أن يعيره سفينة لحمل مناعه أو لوحاً يرقع به سفينة فرقمها به ولحق في البحر لم يحز الرجوع مادامت في لجة البحر لذلك وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر

(مسألة) (وإن أعاره أرضاً للدفن لم يرجع حتى يبلى الميت)

في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه فأشبهه الوديعة ، ويضمنه في الآخر لانه ولد عين مضمونة فيضمن كولد المنصوبة والاوّل أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك ولد العارية إذا لم يوجد مع أمه وإنما يضمن ولدا المنصوبة إذا كان منصوباً فلا أثر لكونه ولداً لها .

(فصل) ويجب ضمان العين بمثلاً إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها الا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء النالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمنها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذاً كثر وإن كانت أقل ضمنها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً (فصل) وان كانت العين باقية فعلى المستعير ردها إلى المعير أو وكيله في قبضها وبرأ بذلك من ضمانها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه أو إلى ملك صاحبها لم يبرأ من ضمانها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يبرأ لأنها صارت كالمنقبوضة فان رد العواري في العادة يكون إلى أملاك أربابها فيكون مأذوناً فيه من طريق المادة .

ولنا أنه لم يردّها إلى مالكيها ولا نأثبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطل بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا تعرف العادة التي ذكرها ، وان ردها الى من جرت عادته بحريان ذلك على يديه كزوجته المتصرفه في ماله ورد الدابة الى سائسها فقياس المذهب انه يبرأ قاله القاضي لان احمد قال في الوديعة اذا سلمها المرء الى امرأته لم يضمنها ولانه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أذن فيه نطقاً ، ومؤنة الرد على المستعير لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد

وله الرجوع فيها قبل الدفن وليس له الرجوع بعد الدفن حتى يصير الميت رمياً قاله ابن البناء ﴿مسئلة﴾ (وان أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه لم يرجع مادام عليه) اذا أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبه جاز كما تجوز اعادة الارض للفراس والبناء وله الرجوع قبل الوضع وبعده ما لم يبين عليه لانه لا ضرر عليه فيه فان بنى عليه لم يحز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء وإن قال أنا دفع اليك ما ينقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لانه اذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلعه شيء من ملكه بضمان القيمة ﴿مسئلة﴾ (وان سقط عنه لهدم أو غيره لم يملك رده)

سواء بنى الحائط بآلة أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل الهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بازالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك بانهدامه وسواء زال الحطب عنه بذلك أو أزاله المستعير باختياره وكذلك لو زال الحطب والحائط بحاله

﴿مسئلة﴾ (وان أعاره أرضاً للزراع لم يرجع الى الحصاد الا ان يكون مما يحصد قصيلاً فيحصده) اذا أعاره أرضاً للزراع فله الرجوع مالم يزرع فاذا زرع لم يملك الرجوع فيها الى ان ينتهي الزرع فان بذل المعير له قيمة الزرع لملكه فلم يكن له ذلك نص عليه احمد لان له وقتاً ينتهي اليه فان كان مما يحصد قصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه

ما أخذت حتى تؤديه» وعليه ردها الى الموضع الذي أخذها منه الا ان يتفقا على ردها الى غيره لان ما وجب رده لم يرد الى موضعه كالمصوب .

(فصل) ولا تصح العارية الا من جائز التصرف لانه تصرف في المال فأشبهه التصرف بالبيع وتنفذ بكل فعل أولفظ يدل عليها مثل قوله أعرتك هذا أو يدفع اليه شيئاً ويقول أبحثك الانتفاع به أوخذ هذا فانتفع به أو يقول أعرتني هذا أو أعطنيه أركبه أو أحمل عليه ويسلمه اليه وأشياء هذا لانه إباحة للتصرف فصح بالقول والفعل الدال عليه كإباحة الطعام بقوله وتقديمه إلى الضيف

(فصل) وتجوز اعارة كل عين ينتفع بها منفعة مباحة مع بقائها على الدوام كالدور والعقار والعبيد والجواري والدواب والثياب والحلي للباس والفعل للضراب والسكاب للصيد وغير ذلك لان النبي ﷺ استعار أدرعا، وذكر إعارة دلوها وخفها وذكر ابن مسعود عارية القدر والميزان فيثبت الحكم في هذه الاشياء وما عداها مقيس عليها اذا كان في منهاها ولا ما جاز للمالك استيفاءه من المنافع ملك لإباحته اذا لم يمنع منه مانع كالثياب ولانها أعيان تجوز اجارتها فجازت اعارتها كالثياب ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها ، فان استعارها لينفقها فهذا قرض وهذا قول أصحاب الرأي وقيل ليس هذا جائزا ولا تكون العارية في الدنانير وليس له ان يشتري بها شيئاً، ولنا أن هذا معنى القرض فالنقد القرض به كما لو صرح به

(مسألة) (وإن أعارها للفراس والبناء وشرط عليه الفلح في وقت أو عند رجوعه ثم رجع لزمه القلع) لقول النبي صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم» حديث صحيح ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيدين المستعير دخل في العارية راضياً بائناً بالضرر الداخل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا لعم في هذا خلافاً لما تسوية الحفر فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا والالم يلزمه لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه بشرط القلع

(مسألة) (وإن لم يشترط لم يلزمه الا أن يضمن له المير النقص) فإذا لم يشترط المير القلع لم يلزم المستعير القلع لما فيه من الضرر عليه فان ضمن له النقص لزمه . لانه رجوع في العارية من غير اضرار فان قلع فعليه تسوية الارض وكذلك ان اختار أخذ بنائه وغراسه فانه يملكه فملك نقله لان القلع باختياره لو امتنع منه لم يجبر عليه قلمه لاستخلاص ملكه من ملك غيره فلزمته التسوية كالشفيع اذا أخذ غرسه وقال القاضي لا يلزمه ذلك لان المير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بان له قلم غرسه الذي لا يمكن الا بالحفر (مسألة) (فان أبى القلع في الحال التي لا يحير عليه فيها فبذل له المير قيمة الفران والبناء لملكه أجبر المستعير عليه)

كالشفيع مع المشتري والمؤجر مع المستأجر فان قال المستعير أنا أدفع قيمة الارض لنصير لي لم يلزم المير لان الفران والبناء تابع والارض أصل ولذلك يتبعها الفران والبناء في البيع ولا تتبعهما وبهذا كاه قالم الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان الا أن يكون أعاره مدة معلومة فخرج

(فصل) ولا تجوز اعارة العبد المسلم لكافر لانه لا يجوز تمكنه من استخدامه فلم تجز اعارته لذلك ولا اعارة الصيد لمحرم لانه لا يجوز له امساكه ولا اعارة المرأة الجميلة لرجل غير محرمها ان كان يخلو بها أو ينظر اليها لانه لا يؤمن عليها، وتجوز اعارتها لامرأة ولذي محرمها، ولا تجوز اعارة العين لنفع محرم كاعارة الدار لمن يشرب فيها الخمر أو يبيعه فيها أو يعصي الله تعالى فيها ولا اعارة عبده للزمر أو ليسقيه الخمر أو يحماها له أو يعصرها أو نحو ذلك ، ويكره أن يستعير والد به لخدمته لانه يكره له استخدامهما فكره استعارتهما لذلك (فصل) وتجوز الاعارة مطلقاً ومقيداً لأنها اباحة فجاز فيها ذلك كإباحة الطعام ولان الجاهل لما تؤثر في العقود اللازمة فإذا أعاره شيئاً مطلقاً أبيع له الانتفاع به في كل ما هو مستعد له من الانتفاع به فإذا أعاره أرضاً مطلقاً فله أن يزرع فيها ويغرس ويبنى ويقبل فيها كل ما هي معدة له من الانتفاع لان الاذن مطلق، وان أعاره للغراس أو للبناء فله أن يزرع فيها ماشاء لان ضرره دون ضررها فكانه استوفى بعض ما أذن له فيه، وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن لان ضررها أكثر فلم يكن الاذن في القليل اذا في الكثير وان استعارها للغراس أو للبناء ملك المأذون فيه منها دون الآخر لان ضررها يختلف فان ضرر الغراس في باطن الارض لانتشار العروق فيها وضرر البناء في ظاهرها فلم يكن الاذن في احدهما اذا في الآخر، وان استعارها لزرع الحنطة فله زرعها وزرع ما هو اقل ضرراً منها كالشعير والباقل والعدس، وله زرع ما ضرره كضرر الحنطة لان الرضى بزراعة شيء رضى بضرره وما هو دونه

قبل انقضائها لان المعير لم يغره فكان عليه القلع كما لو شرط عليه

ولنا أنه بنى وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالب به قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يغره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبعية وتقدير المدة ينصرف الى ابتدائه كأنه قال لا تغرس بمد هذه المدة

(مسئلة) (فان امتنع المعير من دفع القيمة وارث النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجر لم يقطع) لان العارية تقتضي الانتفاع بغير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر ازالته رضى بالابقاء ولأن قول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » مفهومه أن العرق الذي ليس بظالم له حق فبعد ذلك ان انتفاعا على البيع يمت الارض بثراسها وبنائها ودفع ما الى كل واحد منهما قدر حقه فيقال كم قيمة الارض بلا غراس ولا بناء فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مفروسة مبنية فان قالوا خمسة عشر فيكون المعير ثلثنا الثمن والمستعير ثلثه

(مسئلة) (وان أيا البيع ترك بحاله) وقلنا لما انصرفا فلا حكم لهما عندنا

(مسئلة) (والمعير انصرف في أرضه على وجه لا يضر بالشجر) وجملته أن المعير انصرف في أرضه ودخلها والانتفاع بها كيف شاء بما لا يضر بالغراس والبناء ولا ينتفع بها ، والمستعير الدخول للاستي والإصلاح وأخذ الثمرة وليس له الدخول لغير حاجة من التفرج ونحوه لانه قد رجم في الاذن له

وليس له زرع ماهوا أكثر ضرراً منه كالذرة والدخن والقطن لان ضرره أكثر وحكم إباحة الانتفاع في العارية كحكم الانتفاع في الاجارة فيما له أن يستوفيه وما يمنع منه وسندكر في الاجارة تفصيل ذلك إن شاء الله تعالى. وإن أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فاقلمت لم يكن له غرس أخرى وكذلك ان أذن له في وضع خشبة على حائط فانكسرت لم يملك وضع أخرى لان الاذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه

(فصل) وان استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه ويده كيده وليس له أن يؤجره لانه لم يملك المتافع فلا يصح أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم أن المستعير لا يملك العين، وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه وليس له أن يعيره غيره وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مامله فجاز كما للمستأجر أن يؤجر، قال أصحاب الرأي إذا استعار ثوباً ليلبسه هو فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وإن لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه، وقال مالك اذا لم يعمل بها الا الذي كان يعمل بها الذي أعيرها فلا ضمان عليه، ولنا أن العارية اباحة المنفعة فلم يحز أن يبيعها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة لانه ملك الانتفاع على كل وجه فلك أن يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن له فأشبهه من أبيع له أكل الطعام، فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله

ولان الاذن في الفرس اذن فيما يعود بصلاحه ولكل واحد منهما يبيع ما يختص به مع الملك ومنفرداً فيقوم المشتري مقام البائع، وقال بعض الشافعية ليس للمستعير البيع لان ملكه في الشجر والبناء غير مستقر لان المعير اخذه منه متى شاء بقيمته قلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشقص المشفوع والصداق قبل الدخول

(مسئلة) (ولم يذكر اصحابنا عليه اجرة من حين الرجوع في هذه المسائل)

الا فيما اذا استعار ارضاً فزرعها ورجع المعير فيها قبل كمال الزرع فعليه اجر مثلها من حين الرجوع لان الاصل جواز الرجوع وأما منع القلع لما فيه من الضرر ففي دفع الاجر جمع بين الحقين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا، وفيه وجه آخر انه لا يجب الاجر في شيء من المواضع لان حكم العارية باق فيه اكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الانتفاع

(مسئلة) (وان غرس او بنى بعد الرجوع او بعد الوقت فهو غاصب يأتي حكمه)

العارية تنقسم قسمين مطلقة ومؤقتة. تبيح الانتفاع مالم ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالاذن ففيها عدا محل الاذن يبقى على اصل المنع فان كان المعار ارضاً لم يكن له ان يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت او الرجوع فان فعل شيئاً من ذلك فهو غاصب يأتي حكمه في باب الغصب

أن يطالب من شاء منهما لان الاول سلطه غيره على أخذ مال غيره بغير اذنه والثاني استوفاه بغير اذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول الا ان يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غير الثاني ودفع اليه العين على انه يستوفي منافعتها بغير عوض وان تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال لانه قبضها على ان تكون مضمونة عليه فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني وان رجع على الثاني لم يرجع على احد

(فصل) وان اعاره شيئاً واذن له في اجارته مدة معلومة او في إعارته مطلقاً او مدة جازلان الحق للمالك فجاز ما اذن فيه وليس له الرجوع بعد عقد الاجارة حتى ينقضي لان عقد الاجارة لازم وتكون العين مضمونة على المستعير غير مضمونة على المستأجر لان عقد الاجارة لا يوجب ضمانا وان أجره بغير اذن لم تصح الاجارة ويكون على المستأجر الضمان للمالك تضمين من شاء منها على ما ذكرنا في العارية

(فصل) ويجوز أن يستعير عبداً برهنه قال ابن المنذر أجمعوا على أن الرجل اذا استعار من الرجل شيئاً برهنه عند رجل على شيء معلوم الى وقت معلوم فرهن ذلك على ما اذن له فيه أن ذلك جائز وذلك لانه استعاره ليقضي به حاجته فصح كسائر المواردي ولا يعتبر العلم بقدر الدين وجنسه لان

(فصل) يجوز ان يستعير دابة ليركبها الى موضع معلوم لان إيجارها جائزة والاعارة أوسع لجوازها فيما لا يجوز إيجارته كالسكب للصيد، فان استعارها الى موضع فجأوزه فقد تعدى وعليه أجر المثل للرائد خاصة وان اختلفا فقال المالك أعرتكها الى فرسخ وقال المستعير الى فرسخين فالقول قول المالك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك ان كان يشبه ما قال المستعير فالقول قوله وعليه الضمان .

ولنا ان المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «ولكن اليمين على المدعى عليه»

(مسئلة) (وان حمل السيل بذرا الى أرض قنبت فيها فهو لصاحبه)

ولا يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي يجبر عليه في أحد الوجهين اذا طالبه رب الارض لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبهه مالو انتشرت اغصان شجرته في هواء ملك غيره ولنا ان قلعه اتلاف للمال على مالكه ولم يوجد منه تفريط ولا يدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما او حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجها إلا بقلع الباب أو قتلها فانه لا يجبر على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه يدوم ضرره ولا يعرف قدر ما يشغل في الهواء فيؤدي أجره اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده بأجر مثله وقال القاضي لا أجر عليه لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه أشبه ما اذا باتت دابته في أرض إنسان بغير تفريطه والاول أولى لان الزامه

العارية لا يعتبر فيها العلم وبهذا قال أبو ثور وأصحاب الرأي، وقال الشافعي يعتبر ذلك لأن الضرر يختلف بذلك . ولنا أنها عارية للجنس من النفع فلم تعتبر معرفة قدره كعارية الأرض للزراع ، ولا بصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي في أحد قولي بصير ضامناً له في رقبة عبده لأن العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة هنا للمالك فدل على أنه ضامن

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضامناً كسائر العوازي وإنما يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو للمالك العين، وإن عين المعير قدر الدين الذي يرهنه به وجنسه أو محلاته لأن العارية تعين بالتعيين فإن خالفه في الجنس لم يصح لأنه عقد لم يأذن له فيه أشبه ما لولم يأذن في رهنه وكذلك إذا أذن له في محل خالفه فيه لأنه إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بمحل فقد لا يجد ما يفكه به في الحال، وإن أذن في رهنه بمحل فرهنه بمؤجل فلم يرض أن يحال يئنه وبين عبده إلى أجل لم يصح ، وإن رهنه بأكثر مما قدره له لم يصح لأن من رضي بقدر من الدين لم يلزم أن يرضى بأكثر منه وإن رهنه بأنقص منه جاز لأن من رضي بعشرة رضي بما دونه عرقاً فأشبهه من أمر بشراء شيء بثمان فاشترأ بدونه والمعير مطالبة الراهن بفكك الرهن في الحال سواء كان بدين حال أو مؤجل لأن للمعير الرجوع في العارية متى شاء وإن حل الدين فلم يفكه الراهن جاز يعه في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن فإذا بيع في الدين أو تلف رجع السيد على الراهن بقيمته لأن العارية تضمن بقيمتها

بقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع اضرار به وشغل للملك بغير اختياره فلم يجوز كما لو أراد ابقاء البهيمة في دار غيره عاماً، ويفارق مبيتها لأن ذلك لا يجبر المالك عليه ولا يمنع من إخراجها فإذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ويكون الزرع للمالك البذر لأنه عين ماله ويحتمل أن لصاحب الأرض أخذه بقيمته كزرع الفاصب على ما نذكره والاول أولى لأنه بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الأرض بدفع الأجر إليه ، وإن أحب ما لك قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت لأنه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه

﴿مسئلة﴾ (وإن حمل السيل نوى غرس رجل فثبت في أرض غيره كالزيتون ونحوه فهو ملك النوى) لأنه من ثمار ملكه فهو كالزراع ويجبر على قلمه هنا لأن ضرره يدوم فهو كأغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غيره، وهل يكون كغرس الشفيع أو كغرس الفاصب ؟ على وجهين (أحدهما) يكون كغرس الفاصب لأنه حصل في ملك غيره بغير إذنه (الثاني) كغرس الشفيع لأنه حصل في ملك غيره بغير تقريط منه ولا عدوان .

(فصل) وإن حمل السيل أرضاً بشجرها فثبت في أرض آخر كما كانت مهي للملكها يجبر على إزالتها كما ذكرنا وفي كل ذلك إذا ترك صاحب الأرض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الأرض التي انتقل إليها لم يلزمه نقله ولا أجره ولا غيره لأنه حصل بغير تقريطه ولا عدوانه وكانت الحيرة

وان تلف بغير تقريط فلا شيء على المرتهن لان الرهن لا يضمن من غير تمد، وان استعار عبداً من رجلين فرهته بمائة ثم قضى خمسين على أن تخرج حصة أحدهما لم تخرج لانه رهنه بجميع الدين في صفقة فلا ينفك بعضه بقضاء بعض الدين كما لو كان العبد لواحد

(فصل) ويجوز العارية مطلقة ومؤقتة لأنها إباحة فأشبهت إباحة الطعام والمعيير الرجوع في العارية أي وقت شاء . واء كانت مطلقة أو مؤقتة ما لم يأذن في شغله بشيء يتضرر بالرجوع فيه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ، وقال مالك ان كانت مؤقتة فليس له الرجوع قبل الوقت وان لم تؤقت له مدة لزمه تركه مدة ينتفع بها في مثلها لان المعير قد ملكه المنفعة في مدة وصارت العين في يده بعقد مباح فلم يملك الرجوع فيها بنير اختيار المالك كالعبد الموصى بخدمته والمستأجر .

ولنا أن المنافع المستقبلية لم تحصل في يده فلم يملكها بالإجارة كما لو لم تحصل العين في يده، وأما العبد الموصى بخدمته فللموصي الرجوع ولم يملك الورثة الرجوع لأن التبرع من غيرهم وأما المستأجر فانه يملك بعقد معاوضة فيلزم بخلاف مسئلتنا، ويجوز للمستعير الرد متى شاء بغير خلاف لعله لانه إباحة فكان لمن أيسر له تركه كإباحة الطعام .

(فصل) وإذا أطق المدة في العارية فله أن ينتفع بها ما لم يرجع وإن وقها فله أن ينتفع ما لم يرجع أو ينقضي الوقت لانه استباح ذلك بالأذن فقباعدا محل الاذن يبقى على أصل التحريم ، فان كان

الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء أخذه لنفسه وان شاء قلعه .

(فصل) قال رضي الله عنه (وحكم المستعير في استيفاء المنفعة حكم المستأجر)

لانه ملك التصرف بقول المالك وأذنه فأشبه المستأجر لانه ملكه بأذنه فوجب ان يملك ما يقتضيه الاذن كالمستأجر ، فعلى هذا ان اعاره للغراس والبناء فله ان يزرع ماشاء وان استعارها للزرع لم يغرس ولم يبن وان استعارها للغرس او البناء ملك المأذون له فيه منها دون الآخر لان ضررها مختلف ، وكذلك ان استعارها للزرع الحنطة فله زرع الشعير وقد ذكرنا ذلك مفصلاً في الاجارة وكذلك ان أذن له في زرع مرة لم يكن له أن يزرع أكثر منها وإن أذن له في غرس شجرة فانتقلت لم يملك غرس أخرى لان الاذن اختص بشيء لم يجاوزه .

(فصل) ومن استعار شيئاً فله استيفاء منفعته بنفسه وبوكيله لان وكيله نائب عنه وبده كيده ، وليس له أن يؤجره إلا أن يأذن فيه لانه لم يملك المنافع فلم يكن له أن يملكها ولا نعلم في هذا خلافاً ولا خلاف بينهم ان المستعير لا يملك العين وأجمعوا على أن للمستعير استعمال المعار فيما أذن له فيه (فصل) وليس له أن يرهنه بغير اذن مالكة ، وله ذلك بأذنه بشروط ذكرناها في باب الرهن

ولا يصير المعير ضامناً للدين وقال الشافعي يصير ضامناً في رقبة عبده في أحد قولي لان العارية ما يستحق به منفعة العين والمنفعة ههنا للمالك فدل على أنه ضامن

المعار أرضاً لم يكن له أن يغرس ولا يبني ولا يزرع بعد الوقت أو الرجوع فإن فعل شيئاً من ذلك لزمه قلع غرسه وبنائه وحكمه حكم الناصب في ذلك لقول النبي ﷺ « ليس لمروق ظالم حق » وعليه أجر ما استوفاه من تقع الأرض على وجه العدوان ويلزمه القلع وتسوية الحفر ونقص الأرض وسائر أحكام النصب لأنه عدوان .

(فصل) فإن أعاره شيئاً لينتفع به اتفاقاً يلزم من الرجوع في العارية في أثنائه ضرر بالمستعير لم يجز له الرجوع لأن الرجوع يضر بالمستعير فلم يجز له الاضرار به مثل أن يعيره لوحاً يرقع به سفينته فرقعها به ولجج بها في البحر لم يجز الرجوع مادامت في البحر وله الرجوع قبل دخولها في البحر وبعد الخروج منه لعدم الضرر فيه، وإن أعاره أرضاً ليدفن فيها فله الرجوع ما لم يدفن فيها، فإذا دفن لم يكن له الرجوع ما لم يبل الميت، وإن أعاره حائطاً ليضع عليه أطراف خشبة جاز كما يجوز إعاره الأرض للبناء والفراش وله الرجوع ما لم يضعه وبعد وضعه ما لم ين عليه لأنه لا ضرر فيه، فإن بنى عليه لم يجز الرجوع لما في ذلك من هدم البناء، وإن قال أنا أدفع اليك أرضاً ما نقص بالقلع لم يلزم المستعير ذلك لأنه إذا قلعه انقلع ما في ملك المستعير منه ولا يجب على المستعير قلع شيء من ملكه بضمان القيمة وإن انهدم الحائط وزال الخشب عنه أو أزاله المستعير باختياره لم يملك إعادته سواء بنى الحائط

ولنا أنه أعاره ليقضي منه حاجته فلم يكن ضماناً كسائر العواري وإعارة يستحق بالعارية النفع المأذون فيه وما عداه من النفع فهو لملك العين .

(مسألة) (والعارية مضمونة بقيمتها يوم التلف وإن شرط بقيضها سواء تعدى المستعير فيها أو لم يتمد) روى ذلك عن ابن عباس وأبي هريرة وهو قول الشافعي وإسحاق، وقال الحسن والثوري والشعبي وعمر بن عبد العزيز والثوري وأبو حنيفة ومالك والاوزاعي وابن شبرمة : هي أمانة لا يجب ضمانها إلا بالتعدي لما روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المثل ضمان » ولأنه قبضها باذن مالكها فكانت أمانة كالوديعة، قالوا وقول النبي صلى الله عليه وسلم « العارية مؤداة » يدل على أنه أمانة لقول الله تعالى (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) .

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث صفوان بن عمارية مضمونة، وروى الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن غريب ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه متفرداً بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الاتلاف فكان مضموناً كالمنصوب والمأخوذ على وجه السوم وحديثهم يرويه عمر بن عبد الحار عن عبيد بن حسان عن عمرو بن شعيب وعمر وعبيد ضعيفان قاله الدارقطني ويحتمل أنه أراد ضمان المتأمر والأجر وقياسهم منقوض بالمقبوض على وجه السوم .

بأنه أو بغيرها لان العارية لا تلزم وإنما امتنع الرجوع قبل انهدامه لما فيه من الضرر بالمستعير بإزالة المأذون في وضعه وقد زال ذلك وكذلك إذا سقط الحطب والحائط بحاله ، وإن أعاره أرضاً لزراعة شيء فله الرجوع ما لم يزرع فإذا زرع لم يملك الرجوع فيها إلى أن ينتهي الزرع فإن بذل له قيمة الزرع لم يملكه لم يكن له ذلك نص عليه أحمد لان له وقتاً ينتهي إليه فإن كان مما يحدد فصيلاً فله الرجوع في وقت إمكان حصاده لعدم الضرر فيه وإن لم يكن كذلك لم يكن له الرجوع حتى ينتهي ، وإن أذن له في البناء والغراس فيها فله الرجوع قبل قلعه فإذا غرس ونى فللمالك الرجوع فيما بين الغراس والبناء لانه لم يتعلق به ملك المستعير ولا ضرر عليه في الرجوع منه فأشبهه ما لو لم يبن في الأرض شيئاً ولم يغرس فيها ثم إن اختار المستعير أخذ بناءه وغراسه فله ذلك لانه ملكه فملك نقله ولا يلزمه تسوية الحفر ، ذكره القاضي ، لان المستعير رضي بذلك حيث أعاره مع علمه بأن له قلعه غرسه ، ويحتمل أن عليه تسوية الحفر لان القلع باختياره فانه لو امتنع منه لم يجبر عليه فلزمه تسوية الحفر كما لو خرب أرضه التي لم يستعيرها ، وإن أبى القلع فبذل له المعير ما ينقص بالقلع أو قيمة غراسه وبناءه قائماً ليأخذه المعير أجبر المستعير عليه لانه رجوع في العارية من غير اضرار ، وإن قال المستعير أنا أدفع قيمة الأرض لتصير لي لم يكن له لان الغراس تابع والأرض أصل ولذلك يتبعها الغراس والبناء في البيع ولا تتبعها وبهذا كله قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يطالب المستعير بالقلع من غير ضمان إلا أن يكون أعاره مدة معلومة فرجع فيها قبل انقضائها لان المعير لم يعره فكان عليه القلع كما لو شرطه عليه .

(فصل) وإن شرط نفي الضمان لم يسقط وبه قال الشافعي وقال أبو حفص العسكري يسقط قال أبو الخطاب أو ما إليه أحمد وبه قال قتادة والعنبري لانه لو أذن في اتلافها لم يجب ضمانها فكذلك إذا اسقط عنه ضمانها وقيل بل مذهب قتادة والعنبري انها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب لقول النبي صلى الله عليه وسلم لصفوان « بل عارية مضمونة » .

ولنا ان كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض يبيع صحيح أو فاسد وما اقتضى الأمانة فكذلك كالوديعة والشركة والمضاربة والذي كان من النبي صلى الله عليه وسلم اخبار بصفة العارية وحكمها ، وفارق ما إذا أذن في الاتلاف فإن الاتلاف فعل يصح فيه الاذن ويسقط حكمه إذ لا ينعقد موجباً للضمان مع الاذن فيه واسقاط الضمان ههنا نفي للحكم مع وجود سببه وليس ذلك للمالك ولا يملك الاذن فيه (فصل) وتضمن بقيمتها يوم التلف إلا على الوجه الذي يجب فيه ضمان الاجزاء التالفة بالاتفاق المأذون فيه فانه يضمها بقيمتها قبل تلف أجزائها ان كانت قيمتها حينئذ أكثر وإن كانت أقل ضمها بقيمتها يوم تلفها على الوجهين جميعاً ويضمنها بمثلها ان كانت مثلية

(مسئلة) (وكل ما كان أمانة لا يصير مضموناً بشرطه لان مقتضى العقد كونه أمانة فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة أو ضمان مال في يد

ولنا أنه بني وغرس باذن المعير من غير شرط القلع فلم يلزمه القلع من غير ضمان كما لو طالبه قبل انقضاء الوقت وقولهم لم يعره ممنوع فان الغراس والبناء يراد للتبقي وتقدير المدة ينصرف إلى ابتدائه كأنه قال له : لا تغرس بعد هذه المدة فان امتنع المعير من دفع القيمة وارش النقص وامتنع المستعير من القلع ودفع الاجرة لم يقطع لان الاعارة تقتضي الاتفاص من غير ضمان والاذن فيما يبقى على الدوام وتضر إزالته رضا بالبقاء وقول النبي صلى الله عليه وسلم « ليس لعرق ظالم حق » يدل بمفهومه على أن العرق الذي ليس بظالم له حق فعند ذلك ان اتفقا على البيع يبع الأرض بقراسها ودفع إلى كل واحد منها قدر حقه فيقال كم قيمة الأرض غير مفروسة ولا مبنية فاذا قيل عشرة قلنا وكم تساوي مفروسة ومبنية؟ فان قالوا خمسة عشر قلنا فللمعير ثلثا الثمن وللمستعير ثلثه وان امتنع عن البيع بقيا على حالهما وللمعير دخول أرضه كيف شاء والاتفاص بها بما لا يضر الغراس والبناء ولا ينفع بهما وليس لصاحب الغراس والبناء الدخول إلا لحاجة مثل السقي واصلاح الثمرة لان الاذن في الغراس اذن فيما يعود بصلاحه وأخذ عماره وسقيه وليس له دخولها للتخرج لانه قدر جمع في الاذن له ولكل واحد منها بيع ما يختص به من الملك منفرداً فيكون للمشتري مثل ما كان لبائعه وقال بعض أصحاب الشافعي ليس للمستعير بيع الشجر لان ملكه فيه غير مستقر بدليل أن المعير أخذه متى شاء بقيته فلنا عدم استقراره لا يمنع بيعه بدليل الشفص المشفوع والصداف قبل الدخول ، وفي جميع هذه المسائل متى كان المعير

مالك وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه لان مقتضى العقد الضمان فاذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجوء سببه كما لو اشترط نفي ضمان ما يتعدي فيه وعن أحمد انه ذكر له ذلك فقال المؤمنون على شروطهم وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه والاول ظاهر المذهب لما ذكرناه
(مسألة) (وان تلفت أجزاؤها بالاستعمال كخمل المنشفة فعلى وجهين)

وجملة ذلك ان المستعير اذا انتفع بالعارية ثم ردها على صفتها فلا شيء عليه لان المنافع مأذون في اتلافها فلا يجب عوضها وان تلف شيء من أجزائها التي لا تذهب بالاستعمال ضمنه لان ما تضمنه جملته تضمن أجزاؤه كالمفصوب فأما أجزاؤها التي تذهب بالاستعمال كخمل المنشفة والقطيفة ففيه وجهان (أحدهما) يجب ضمانه لانه أجزاء عين مضمونة فوجب ضمانها كالمفصوب ولانها أجزاء يجب ضمانها لو تلفت العين قبل استعمالها فتضمن إذا تلفت وحدها كالأجزاء التي لا تلف بالاستعمال (والثاني) لا يضمنها وبه قال الشافعي لان الاذن في الاستعمال تضمنه فلا يجب ضمانه كالمنافع وكما لو أذن في إتلافها صريحاً وفارق ما إذا تلفت العين قبل استعمالها لانه لا يمكن تمييزها من العين ولانه إنما أذن في إتلافها على وجه الاتفاص فاذا تلفت قبل ذلك فقد قامت على غير الوجه الذي أذن فيه فضمنها كما لو أجز العين المستعارة فانه يضمن منافها فان قلنا لا يضمن الأجزاء فتألف العين بعد ذهابها بالاستعمال قومت حال التلف لان الأجزاء التالفة تلفت غير مضمونة لكونها مأذوناً في إتلافها فلا يجوز تقويمها عليه وان قلنا تضمن الأجزاء قومت العين قبل

شرط على المستعير القلع عند رجوعه ورد العارية غير مشغولة لزمه ذلك، لان المسلمين على شروطهم ولان العارية مقيدة غير مطلقة فلم تتناول ما عدا المقيّد لان المستعير دخل في العارية راضياً بالتزام الضرر الداخّل عليه بالقلع وليس على صاحب الارض ضمان نقصه ولا نعلم في هذا خلافاً، واما تسوية الحفر الحاصلة بالقلع فان كانت مشروطة عليه لزمه لما ذكرنا وإلا لم يلزم لانه رضي بضرر القلع من الحفر ونحوه حيث اشترط القلع ولم يذكر أصحابنا على المستعير أجراً في شيء من هذه المسائل إلا فيما إذا استعار أرضاً للزراعة فزرعها ثم رجع المير فيها قبل كمال الزرع فان عليه أجر مثله من حين رجع المير لان الاصل جواز الرجوع وإنما منع من القلع لما فيه من الضرر في دفع الاجر جمع بين الحقيقتين فيخرج في سائر المسائل مثل هذا لوجود هذا المعنى فيه ويحتمل أن لا يجب الاجر في شيء من المواضع لأن حكم العارية باق فيه لكونها صارت لازمة للضرر اللاحق بفسخها والاعارة تقتضي الاتقاع بشير عوض .

(فصل) واذا استعار دابة ليركبها جاز لان اجارته لذلك جائزة والاعارة أوسع لجوازاها فيما لا تجوز اجارته مثل اعارة الكلب للصيد فان استعارها إلى موضع فتجاوزه فقد تعدى وعليه الاجرة لزيادة خاصة فاذا استعارها الى طبرية فتجاوز إلى القدس فعليه أجر ما بين طبرية والقدس خاصة

تلف أجزائها فان تلفت الاجزاء باستعمال غير مأذون فيه كمن استعار ثوباً ليلبسه فحمل فيه ثوباً فانه يضمن نقصه ومنافعه لانه تلف بتعديده وان تلفت بغير تعدد منه ولا استعمال كتابها بمرور الزمان الطويل عليها ووقوع نار فيها ضمن ما تلف بالنار ونحوها لانه تلف لم يتضمنه الاستعمال المأذون فيه فهو كتلفها بفعل لم يأذن فيه وما تلف بطول الزمان كالذي تلف بالاستعمال لانه تلف بالامساك المأذون فيه فأشبه تلفه بالفعل المأذون فيه

(فصل) ولا يجب ضمان ولد العارية في أحد الوجهين لانه لم يدخل في الاعارة فلم يدخل في الضمان ولا فائدة للمستعير فيه أشبه الوديعة ويضمن في الآخر لانه ولد عين مضمونة أشبه ولد المنصوبة والاوّل أصح فان ولد المنصوبة لا يضمن اذا لم يكن منصوباً وكذلك العارية اذا لم يؤخذ مع أمه

(مسئلة) (وليس للمستعير أن يعير) وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وفي الآخر له ذلك وهو قول أبي حنيفة لانه يملكه على حسب مملكته فجاز كاجارة المستأجر ويحتمل ان يكون مذهبا لاحد في العارية المؤقتة بناء على كونه اذا أعاره أرضه سنة ليبنى فيها لم يحل الرجوع قبل السنة لانه قد ملك المنفعة فجازت له اعارتها كالمستأجر بعقد لازم وحكاه صاحب المجرّد قولاً لاحد ، وقال أصحاب الرأي اذا استعار ثوباً ليلبسه فأعطاه غيره فلبسه فهو ضامن وان لم يسم من يلبسه فلا ضمان عليه وقال مالك اذا لم يعمل بها إلا الذي كان يعمل الذي اعيرها فلا ضمان عليه

ولنا ان العارية لإباحة المنفعة فلا يجوز أن يبيحها غيره كإباحة الطعام وفارق الاجارة فانه ملك

وان اختلفا فقال المالك أعرتها إلى طبرية وقال المستعير أعرتها إلى القدس قال قول المالك وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك إن كان يشبه ما قال المستعير قال قول قوله وعليه الضمان ولنا أن المالك مدعى عليه فكان القول قوله لقول النبي ﷺ « إكن العين على المدعى عليه »

(فصل) ومن استعار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما لكة أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المغير بما غرم لانه غرمه بذلك وغرمه لانه دخل على أن لا أجر له وإن رجع على المغير لم يرجع على أحد فان الضمان استقر عليه ، قال أحمد في قصار دفع ثوبا الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وان تلف فالقيمة تستقر على المستعير لانه دخل على أن العين مضمونة عليه فان ضمن المغير رجع على المستعير وان ضمن المستعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه ، وان نقصت العين بالاستعمال انبني على ضمان النقص فان قلنا هو على المستعير فحكم القيمة وان قلنا هو على المغير فهو كالأجر على ما ينه

(فصل) اذا حمل السيل بذر رجل من أرض الى أرض غيره فثبت فيها له يجبر على قلعه وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يجبر على ذلك اذا طالبه رب الأرض به لان ملكه حصل في ملك غيره بغير إذنه فأشبه ما لو انتشرت أغصان شجرته في هواء ملك جاره . ولنا أن قلعه أثلاف للمالك على ما لكة ولم يوجد منه تفريط ولا بدوم ضرره فلا يجبر على ذلك كما لو حصلت دابته في دار غيره على وجه لا يمكن خروجه الا بقلع الباب أو قتلها فالتا لا يجبره على قتلها ، ويفارق أغصان الشجرة فانه بدوم ضرره

الانتفاع على كل وجه فلك ان يملكها وفي العارية لم يملكها إنما ملك استيفاءها على وجه ما أذن فيه فأشبه من أيسر له أكل الطعام . فعلى هذا ان أعار فللمالك الرجوع بأجر المثل وله ان يطالب من شاء منها لان الاول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه والثاني استوفاه بغير إذنه فان ضمن الاول رجع على الثاني لان الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل ان يستقر الضمان على الاول لانه غر الثاني ودفع اليه العين على أنه يستوفي منافعتها بغير عوض

(مسئلة) (وان تلفت عند الثاني فللمالك تضيئ أيها شاء)

لما ذكرنا ويستقر الضمان على الثاني بكل حال لانه قبضها على أنها مضمونة عليه فان ضمن الاول رجع الاول على الثاني ولا يرجع الثاني ان ضمنه على أحد .

(مسئلة) (وعلى المستعير مؤونة رد العارية)

لقول النبي ﷺ « العارية مؤداة » وقوله « على اليد ما أخذت حتى ترده » قال الترمذي هذا حديث حسن ، ويجب ردها الى المير او الوكيل في قبضها ويرأ بذلك من ضاها وان ردها الى المكان الذي أخذها منه او الى ملك صاحبها لم يرأ من ضاها وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يرأ لأنها صارت كالمنقبوضة فان رد الموارى في العادة يكون الى املاك اربابها فيكون مأذوناً فيه عادة .

ولا يعرف قدر ما يشغل من الهواء فيؤدي أجره . اذا ثبت هذا فانه يقر في الارض الى حين حصاده باجر مثله وقال القاضي ليس عليه اجر لانه حصل في أرض غيره بغير تفريطه فأشبهه ما لو باتت دابته في أرض انسان بغير تفريطه وهذا بعيد لان الزامه ببقية زرع ما أذن فيه في أرضه بغير أجر ولا انتفاع لإضرار به وشغل للملك بغير اختياره من غير عوض فلم يجوز كما لو أراد ابقاء بهيمته في دار غيره علما ، وبفارق مبيتها لان ذلك لا يغير المالك عليه ولا ينفع من اخراجها فاذا تركها اختياراً منه كان راضياً به بخلاف مسئلتنا ، ويكون الزرع للمالك البذر لانه من عين ماله ويحتمل أن يكون حكم هذا الزرع حكم زرع القاصب على ما سئذ كره لانه حصل في أرضه بغير اذنه فأشبهه ما لو زرعه ماله ملكه والاول أولى لان هذا بغير عدوان وقد أمكن جبر حق مالك الارض بدفع الاجر اليه ، وان أحب ماله قلمه فله ذلك وعليه تسوية الحفر وما نقصت الارض لانه أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ملكه فأشبهه المستعير ، وأما ان كان السيل حمل نوى قنبت شجراً في أرض غيره كالزيتون والتخيل ونحوه فهو للمالك النوى لانه من ثماء ملكه فهو كالزرع ويجبر على قلمه ههنا لان ضرره يدوم فأجبر على ازالته كغصان الشجرة المنتشرة في هواء ملك غير مالكيها وان حمل السيل أرضاً بشجرها قنبت في أرض آخر كما كانت فهي لمالكيها يجبر على ازالتها كما ذكرنا ، وفي كل ذلك اذا ترك صاحب الارض المنتقلة أو الشجر أو الزرع ذلك لصاحب الارض التي اتقل اليها لم يلزمه نقله ولا اجر ولا غير ذلك لانه حصل بغير تفريطه ولا عدوانه وكانت الخيرة الى صاحب الارض المشغولة به ان شاء اخذته لنفسه وان شاء قلمه

ولنا انه لم يردّها الى مالكيها ولا نائبه فيها فلم يبرأ منها كما لو دفعها الى أجنبي وما ذكره يبطال بالسارق اذا رد المسروق الى الحرز ولا نسلم ان العادة ما ذكر (مسئلة) (وان رد الدابة الى اصطلح المالك أو غلامه لم يبرأ الا بردها الى من جرت عادته بحريان ذلك على يده كالسائس ونحوه)

قد ذكرنا في المسئلة قبلها الا ردها الى المكان الذي أخذها منه ، وان ردها الى زوجته المتصرفه في ماله أو رد الدابة الى سائسها فقال القاضي يبرأ في قياس المذهب لان احد قال في الوديعة اذا سلمها الى امرأته لم يضمها لانه مأذون في ذلك أشبه ما لو أذن فيه نطقاً

(فصل) ومن استمار شيئاً فانتفع به ثم ظهر مستحقاً فلما كره أجر مثله يطالب به من شاء منها فان ضمن المستعير رجع على المعير بما غرم لانه غره بذلك وغرمه لانه دخل عن انه لا أجره عليه وان ضمن المعير لم يرجع على أحد لان الضمان استقر عليه قال احمد في قصار دفع ثوباً الى غير صاحبه فلبسه فالضمان على القصار دون اللابس وسئذ كره في الغصب ان شاء الله تعالى .

(فصل) وان اختلفا فقال أجرتك قال بل أعرتي عقيب العقد والبهيمة قاعة فالقول قول الراكب اذا اختلف رب الدابة والراكب فقال الراكب هي عارية وقال المالك أكرمتكها

(فصل) واذا اختلف رب الدابة وراكبها فقال الراكب هي عارية وقال المالك بل اكرتيتها فان كانت الدابة باقية لم تنقص لم يخل من ان يكون الاختلاف عقيب العقد او بعد مضي مدة لمثلها اجر فان كان عقيب العقد فالقول قول الراكب لان الاصل عدم عقد الاجارة وبراءة ذمة الراكب منها فيحلف ويرد الدابة الى مالكها لانها عارية وكذلك ان ادعى المالك انها عارية وقال الراكب بل اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا ، وان كان الاختلاف بعد مضي مدة لمثلها اجر فادعى المالك الاجارة فالقول قوله مع يمينه وحكي ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه فكان القول قوله . ولنا انهما اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالأول اختلفا في عين فقال المالك بمتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر وفي قدره وجهان (أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل ، وان كان اختلفا فيها في أثناء المدة فالقول قول الراكب فيما مضى منها والقول قول المستعير فيما بقي لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا عقيب العقد وان ادعى المالك في هذه الصورة انها عارية وادعى الراكب انها بأجر فالراكب بدعي استحقاق المنافع

وكانت الدابة باقية لم تنقص وكان الاختلاف عقيب العقد فالقول قول الراكب مع يمينه لان الاصل براءة ذمته منها لان الاصل عدم عقد الاجارة ويرد الدابة الى مالكها وكذلك اذا ادعى المالك انها عارية وقال الراكب قد اكرتيتها فالقول قول المالك مع يمينه لما ذكرنا

(مسئلة) (وان كان بعد مضي مدة لها أجرة فالقول قول المالك فيما مضى من المدة دون ما بقي منها) حكى ذلك عن مالك وقال اصحاب الرأي القول قول الراكب وهو منصوص الشافعي لانها اتفقا على تلف المنافع على ملك الراكب وادعى المالك عوضاً لها والاصل عدم وجوبه وبراءة ذمة الراكب منه . ولنا انها اختلفا في كيفية انتقال المنافع الى ملك الراكب فكان القول قول المالك كالأول اختلفا في عين فقال المالك بمتكها وقال الآخر وهبتها ولان المنافع تجري مجرى الاعيان في الملك والعقد عليها ولو اختلفا في الاعيان كان القول قول المالك كذا ههنا وما ذكره يبطل بهذه المسئلة ولانها اتفقا على أن المنافع لا تنتقل الى الراكب الا بنقل المالك لها فيكون القول قوله في كيفية الانتقال كلاعيان فيحلف المالك ويستحق الاجر (مسئلة) (وهل يستحق أجر المثل أو المدعى اذا زاد عليها على وجهين)

(أحدهما) أجر المثل لانها لو اتفقا على وجوبه واختلفا في قدره وجب أجر المثل فمع الاختلاف في أصله أولى (والثاني) المسمى لانه وجب بقول المالك ويمينه فوجب ما حلف عليه كالأصل والأول أوضح لان الاجارة لا تثبت بدعوى المالك بغير يمينه وانما يستحق بدل المنفعة وهو أجر المثل وقيل يلزمه أقل الامرين لانه ان كان المسمى أقل فقد رضي به وان كان أكثر فليس له الا أجر المثل لان الاجارة لم تثبت وانما يكون القول قول المالك اذا اختلفا في أثناء المدة فيما مضى منها وانما في القول قول المستعير لان ما بقي بمنزلة ما لو اختلفا

ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته ، وان اختلفا في ذلك بعد تلف البهيمه قبل مضي مدة لملها أجر فالقول قول المالك سواء ادعى الاجارة أو الاعارة لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها فالقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيها يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى تؤديه » فإذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه ينكر الزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لملها أجر وتلف البهيمه وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك منها أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة إذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به ويحتمل ان لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له الراكب بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه ، وان كان ما يدعيه المالك أكثر مثل ان كانت قيمة البهيمه أكثر من أجرها فادعى المالك أنها عارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاجرة وادعى الراكب أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب أنها عارية فالقول قول المالك في الصورتين لما قدمنا فإذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا .

(فصل) وان قال المالك غصبها وقال الراكب بل أعرتها فان كان الاختلاف عقيب المقد والداية قائمة لم يتلف منها شيء فلا معنى للاختلاف ويأخذ المالك بهيمته وكذلك ان كانت الدابة تالفة لان

عقيب المقد وان ادعى المالك في هذه الصورة أنها عارية وادعى الآخر باجرة فهو يدعي استحقاق المنافع ويعترف بالاجر للمالك والمالك ينكر ذلك كله فالقول قوله مع يمينه فيحلف ويأخذ بهيمته (مسئلة) (وان اختلفا بعد تلف الدابة فقال المالك اعرتك وقال الراكب بل أجررتي فالقول قول المالك اذا كان قبل مضي مدة لها اجرة) سواء ادعى الاجارة أو العارية لانه ان ادعى الاجارة فهو معترف للراكب ببراءة ذمته من ضمانها فيقبل اقراره على نفسه ، وان ادعى الاعارة فهو يدعي قيمتها والقول قوله لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيها يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقول النبي ﷺ « على اليد ما أخذت حتى ترده » حديث حسن واذا حلف المالك استحق القيمة والقول في قدرها قول الراكب مع يمينه لانه منكر للزيادة المختلف فيها والاصل عدمها ، وان اختلفا في ذلك بعد مضي مدة لها اجرة والبهيمه تالفة وكان الاجر بقدر قيمتها أو كان ما يدعيه المالك أقل مما يعترف به الراكب فالقول قول المالك بغير يمين سواء ادعى الاجارة أو الاعارة اذ لا فائدة في اليمين على شيء يعترف له به خصمه ويحتمل أن لا يأخذه الا يمين لانه يدعي شيئاً لا يصدق فيه ويعترف له خصمه بما لا يدعيه فيحلف على ما يدعيه وان كان ما يدعيه المالك أكثر بأن تكون قيمة الدابة

القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان كان الاختلاف بمد مضي مدة لمثلها أجر
فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك ، وهذا ظاهر قول الشافعي ونقل المزني عنه أن القول
قول الراكب لان المالك يدعي عليه عوضاً الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها بحق
فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في الفصل الذي قبل هذا بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على ان المنافع ملك للراكب
وهنا لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول
المنكر لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، وابن قال المالك غصبها وقال الراكب
أجر تنبيها فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا ان يختلف المسمى وأجر
المثل والقول قول المالك مع يمينه فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها وان كانت قد
بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه وكذلك
ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً على المسمى لم يستحقه الايمين وجهاً واحداً

أكثر من أجرها فادعى المالك أنها غارية لتجب له القيمة وأنكر استحقاق الاخر وادعى الراكب
أنها مكتراة أو كان الكراء أكثر من قيمتها فادعى المالك أنه أجرها ليجب له الكراء وادعى الراكب
أنها غارية فالقول قول المالك في الديموريتين لما قدمنا فاذا حلف استحق ما حلف عليه ومذهب
الشافعي في هذا كله نحو ما ذكرنا

(مسئلة) (وان قال أجر تنبي أو أعر نني قال بل غصبتني فالقول قول المالك وقيل قول الناصب)
اذا كان الاختلاف عقيب العقد والدابة قائمة لم تنقص فلا معنى للاختلاف وبأخذ المالك دابته وكذلك
ان كانت الدابة تالفة وادعى الراكب اعارية لان القيمة تجب على المستعير كوجوبها على الناصب ، وان
كان الاختلاف بمد مضي مدة لما أجرة فالاختلاف في وجوبه والقول قول المالك وهذا ظاهر قول
الشافعي ونقل المزني عنه أن القول قول الراكب وذكره بعض أصحابنا لان المالك يدعي عليه عوضاً
الاصل براءة ذمته منه ولان الظاهر من اليد أنها لحق فكان القول قول صاحبها

ولنا ما قدمنا في المسئلة التي قبلها بل هذا أولى لانهما ثم اتفقا على أن المنافع ملك للراكب وهنا
لم يتفقا على ذلك فان المالك ينكر انتقال الملك فيها الى الراكب والراكب يدعيه والقول قول المنكر
لان الاصل عدم الانتقال فيحلف ويستحق الاجر ، فان قال المالك غصبها وقال الراكب أجر تنبيها
فالاختلاف هنا في وجوب القيمة لان الاجر يجب في الموضعين الا أن يختلف المسمى وأجر المثل
فالقول قول المالك مع يمينه في وجوب القيمة فان كانت الدابة تالفة عقيب أخذها حلف وأخذ قيمتها
وان كانت قد بقيت مدة لمثلها أجر والمسمى بقدر أجر المثل أخذه المالك لاتفاقهما على استحقاقه
وكذلك ان كان أجر المثل دون المسمى وفي اليمين وجهان وان كان زائداً عن المسمى لم يستحقه
الا باليمين وجهاً واحداً والله أعلم

كتاب الغصب

الغصب هو الاستيلاء على مال غيره بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن راض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الأحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالائتم وأنتم تعلمون) وقوله تعالى (والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا) والسرقة نوع من الغصب، وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه» رواه أبو اسحاق الجوزجاني. وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. إذا ثبت هذا فن غصب شيئاً لزمه رده ما كان باقياً بغير خلاف لعله لقول النبي صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» ولأن حق

كتاب الغصب

وهو الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق، وهو محرم بالكتاب والسنة والاجماع: أما الكتاب فقول الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن راض منكم) وقوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الأحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالائتم وأنتم تعلمون) وأما السنة فروى جابر أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره، وعن سعيد بن زيد قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «من أخذ شبراً من الأرض ظلماً طوقه من سبع أرضين» متفق عليه، وروى أبو حرة الرقاشي عن عمه وعمرو بن يثرب عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه» رواه الجوزجاني، وأجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه نذكرها إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وتضمن أم الولد والعقار بالغصب) وهو قول الشافعي وأبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تضمن لأن أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل أنه لا يتعلق بها حق الغير فأشبهت الحر ولنا أنها تضمن بالقيمة فصنعت بالغصب كالقن ولانها مملوكة أشبهت المدبرة وفارقت الحرية فلانها ليست مملوكة ولا تضمن بالقيمة

المفصوب منه معلق بعين ماله ومالية ، ولا يتحقق ذلك إلا برده فان تلف في يده لزمه بدله لقول الله تعالى (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تمذر رد العين وجب رد ما يقوم مقامها في المالية ، ثم ينظر فان كان مما تماثل أجزاؤه وتفاوت صفاته كالحبوب والادهان وجب مثله لان المثل أقرب اليه من القيمة وهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد فكان ما طريقه المشاهدة مقدما كما يقدم النص على القياس لكون النص طريقه الادراك بالسمع والقياس طريقه الظن والاجتهاد ، وإن كان غير متقارب الصفات وهو ما عدا المكيل والموزون وجبت قيمته في قول الجماعة وحكي عن الغبري يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دجاجة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت ما رأيت ضالماً مثل حفصة صنعت طعاماً فبعثت به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأخذني الأفكل فكسرت الاناء فقلت يا رسول الله ما كفارة ما صنعت؟ فقال: اناء مثل الاناء وطعام مثل الطعام ، رواه أبو داود ، وعن أنس أن إحدى نساء النبي صلى الله عليه وسلم كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي صلى الله عليه وسلم قصعة الكاسرة إلى رسول صاحبة المكسورة

(مسألة) (ويضمن العقار بالنصب ويتصور غصب الأراضي والدور ويجب ضمانه على غاصبه) هذا ظاهر مذهب أحد وهو المتخصص عند أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد بن الحسن وروى ابن منصور عن أحمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة الأرض وإن كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء فظاهر هذا أنها لا تضمن بالنصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالنصب فان أتلفها ضمنها بالانلاف لانه لم يوجد فيها الثقل والتحويل فلم يرضونها كما لو حال بينه وبين متاعه فتلف المتاع ولان النصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه ول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار

ولنا قوله عليه السلام « من ظلم شبراً من الأرض طوقه يوم القيمة من سبع أرضين » متفق على معناه وفي لفظ « من غصب شبراً من الأرض » فآخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولان ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولانه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين ماله كما مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع ، وأما اذا حال بينه وبين متاعه واستولى على ماله فنظيره هنا أن يحبس المالك ولا يستولي على داره ، وأما ما تلف من الأرض بفعله أو بسبب فعله كهدم حيطانها وتريقها أو كشط ترابها والقاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بفراسه أو بنائه فيضمنه بغير خلاف بين العلماء لان هذا إتلاف والعقار يضمن بالانلاف من غير خلاف .

(فصل) ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو غير إذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن وقال أصحاب الشافعي ان دخلها بغير

وحبس المكسورة في يته ، رواه أبو داود مطولاً ، ورواه الترمذي نحوه وقال حديث حسن صحيح ولأن النبي صلى الله عليه وسلم استسلف بغيراً ورد مثله ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أعتق شركاً له في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتباين صفاتها فالقيمة فيها اعدل وأقرب إليها فكانت أولى وأما الخبر فمحمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وقد علم أنها ترضى بذلك

(فصل) وما تماثل أجزاؤه وتتقارب صفاته كالدرهم والدنانير والحبوب والادهان ضمن بمثله بغير خلاف قال ابن عبد البر كل مطعم من ما كول أو مشروب فجميع على أنه يجب على مستهلكه مثله لا قيمته وأما سائر المسكيل والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فإنه قال في رواية حرب وإبراهيم بن هاني ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فعليه مثله دون القيمة فظاهر هذا وجوب المثل في كل مكيل وموزن إلا أن يكون مما فيه صناعة كعمول الحديد والنحاس والرصاص من الاواني والآلات ونحوها والحلي من الذهب والفضة وشبهه والمنسوج من الحرير والكتان والقطن

أذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل تثبت عليها بذلك فيصير غاصباً فإن الغصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازعا في الدار ولا يثبت حكم بها لمن هو فيها دون الخارج منها

ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحره له ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا تثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن .

(مسألة) (وان غصب كلباً فيه قع أو خر ذي لزمة ردّها)

إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال ، وإن أتلّفه لم يفرمه وفيه اختلاف ذكر في البيع وهو مبني على جواز بيعه ، وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز وإن غصب خر ذي لزمة ردّها لأنه يقر على شربها فإن أتلّفها لم يلزمه قيمتها سواء أتلّفه مسلم أو ذي وسواء كان لمسلم أو ذي نص عليه أحمد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً لمسلم أو لذي فلا ضمان عليه وكذلك الخنزير وهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمان الحجر والخنزير إذا أتلّفها على ذي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الذي وقد عصم خر الذي بدليل أن المسلم يمنع من اتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها لما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه : إن أهل الذمة يمرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر ولوم يعمها وخدوا منهم عشر ثمنها فإذا كانت مالا لهم وجب ضمانها كسائر أموالهم

والصوف والشعر والمغزول من ذلك فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون وذكر القاضي أن النقرة والسيكة من الأثمان والنسب والرطب والكثير يضمن بقيمته وظاهر كلام أحمد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل أن يضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بتكسير الدراهم المضروبة وسبكها وفيه إلتلاف فعلى هذا ان كان المضمون بقيمته من جنس الأثمان وجبت قيمته من غالب نقد البلد فان كانت من غير جنسه وجبت بكل حال وان كانت من جنسه فكانت وزونة وجبت قيمته وان كانت أقل أو أكثر قوم بغير جنسه لئلا يؤدي الى الربا وقال القاضي ان كانت فيه صناعة مباحة فزادت قيمته من أجلها جاز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة وكذلك لو كسر الحلي وجب ابراش كسره ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الإلتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالمقدور تنفرد بضمائها بالإلتلاف قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة فيه رباً كالبيع وكالتقص وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب الي قال القاضي وهذا محمول على أنها تراضيا بذلك لأنه على طريق الوجوب وهذا فيما اذا كانت الصناعة مباحة فان كانت محرمة كاللاواني وحلي الرجال لم يجز ضمائه بأكثر من وزنه وجهاً واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً فهي كالعدومة .

ولنا ما روى جابر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ألا ان الله ورسوله حرم يمين الحر والميتة والخزير والاصنام » متفق عليه وما حرم يمينه لا حرمة لم تجب قيمته كالميتة ولان ما لم يكن مضموناً في حق المسلم لا يكون مضموناً في حق الذي كفرته، ولانها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذي كفرته فان كفر بها ثبت في حقها وخطاب النواهي يتوجه اليها فان ثبت في حق احدهما ثبت في حق الآخر ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت إراقتها ثم لو عصمها ما لزم تقومها فان نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومون غير متقومين وقولهم إنها مال عندهم ينتقض بالعبد المرتد فانه مال عندهم، فاما حديث عمر فمحمول على أنه اراد ترك التعرض لهم وإنما أمر باخذ عشر أثمانها لانهم اذا تابوا وتقاوضوا حكنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها أثماناً مجاز كما سمي الله تعالى ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس)

(فصل) فان غصب من مسلم خيراً حرم ردها ووجبت إراقتها لان أبا طلحة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خيراً فأمره بأرأقتها وان اتلفها او تلفت عنده لم يجب ضمائها لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « ان الله اذا حرم شيئاً حرم ثمنه » ولان ما حرم الاتفاح به لم يجب ضمائه كالميتة والدم، فان أمسكها حتى صارت خلا لزمه ردها لانها صارت خلا على حكم ملكه فلزمه ردها فان تلفت ضمها له لانها مال المصنوب منه تلف في يد الناصب، فان أراقها

(مسئلة) قال (ومن غصب أرضاً ففرسها أخذ بقلع غرسه وأجرتها الى وقت تسليمها ومقدار نقصانها ان كان نقصها الفرس)

الكلام في هذه المسئلة في فصول (أحدها) انه يتصور غصب العقار من الاراضي والدور ويجب ضمانها على غاصبها هذا ظاهر مذهب احمد وهو المنصوص عن أصحابه وبه قال مالك والشافعي ومحمد ابن الحسن وروى ابن منصور عن احمد فيمن غصب أرضاً فزرعها ثم أصابها غرق من الغاصب غرم قيمة لأرض وان كان شيئاً من السماء لم يكن عليه شيء، وظاهر هذا انها لا تضمن بالغصب وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يتصور غصبها ولا تضمن بالغصب وان اتلفها ضمنها بالانلاف لانه لا يوجد فيها النفل والتحرير فلم يضمنها كمالو حال بينه وبين منعه فتلغ المتاع ولأن الغصب اثبات اليد على المال عدواناً على وجه نزول به يد المالك ولا يمكن ذلك في العقار ولنا قول النبي ﷺ «من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه يوم القيامة من سبع أرضين» رواه البخاري عن عائشة وفي لفظ «من غصب شبراً من الأرض» فأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أنه يغصب ويظلم فيه ولأن ما ضمن في البيع وجب ضمانه في الغصب كالمقول ولأنه يمكن الاستيلاء عليه على وجه يحول بينه وبين مالكه مثل أن يسكن الدار ويمنع مالكها من دخولها فأشبهه ما لو أخذ الدابة والمتاع، وأما إذا حال بينه وبين منعه فما استولى على ماله فنظيره هنا أن يحبس المالك ولا يستولي

فجمعها انسان فتخلت عنده رد الخلل لانه أخذها بعد اتلافها وزوال اليد عنها

(مسئلة) (وان غصب جلد ميتة فهل يجب رده؟ على وجهين) بناء على طهارته بالدباغ فن قال بطهارته أوجب رده لانه يمكن اصلاحه فهو كالثوب التجس ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لانه لا سبيل الى اصلاحه وان اتلفه او اتلف ميتة بجلدها لم يضمن لانه لا قيمة له بدليل انه لا يحل يديه (مسئلة) (وان دبغه وقتلنا بطهارته يلزمه رده كالحمر اذا تخلت ويحتمل أن لا يجب رده)

لانه صار مالا بفعله بخلاف الحمر وان قلنا لا يطهر لم يوجب رده لانه لا يباح الاتفاع به ويحتمل أن يجب رده اذا قلنا يباح الاتفاع به في اليابسات لانه نجس يباح الاتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدباغ (مسئلة) (وان استولى على حر لم يضمنه بذلك)

لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحرقانه لا يضمن بالغصب انما يضمن بالانلاف فان حبس حرأ فأت عنده لم يضمنه لانه ليس بمال إلا أن يكون صغيراً فقيه وجهان (أحدهما) لا يضمنه لانه حر أشبه الكبير وهذا مذهب الشافعي (والثاني) يضمنه لانه يمكن الاستيلاء عليه من غير ممانعة منه أشبه العبد الصغير، فان قلنا لا يضمنه فهل يضمن ثيابه وحليته؟ على وجهين (أحدهما) لا يضمنه لانه تبع له وهو تحت يده أشبه ثياب الكبير (والثاني) يضمنه لانه استولى عليه أشبه ما لو كان منفرداً

(مسئلة) (وان استعمل الحر كرها فعليه أجرته) (لانه استوفى منافعه وهي متقومة فلزمه ضمانها

على داره وأما ما تالف من الارض بفعله أو سبب فعله كدم حيطانها وتغريقها وكشط ترابها والقضاء الحجارة فيها أو نقص يحصل بغرسه أو بنائه فيضمنه بغير اختلاف في المذهب ولا بين العلماء لأن هذا اتلاف والعقار يضمن بالاتلاف من غير اختلاف، ولا يحصل الغصب من غير استيلاء فلو دخل أرض إنسان أو داره لم يضمنها بدخوله سواء دخلها بأذنه أو بغير اذنه وسواء كان صاحبها فيها أو لم يكن، وقال بعض أصحاب الشافعي إن دخلها بغير اذنه ولم يكن صاحبها فيها ضمنها سواء قصد ذلك أو ظن أنها داره أو دار أذن له في دخولها لأن يد الداخل ثبتت عليها ذلك فيصير غاصباً فإن النصب اثبات اليد العادية وهذا قد ثبتت يده بدليل أنها لو تازعا في الدار ولا يثبت لها حكمها لمن هو فيها دون الخارج منها. ولنا أنه غير مستول عليها فلم يضمنها كما لو دخلها بأذنه أو دخل صحراء ولأنه إنما يضمن بالغصب ما يضمنه في العارية وهذا لا يثبت به العارية ولا يجب به الضمان فيها فكذلك لا يثبت به الغصب إذا كان بغير إذن (الفصل الثاني) أنه إذا غرس في أرض غيره بغير اذنه أو بنى فيها فطلب صاحب الأرض قلع غراسه

أو بنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «ليس لعرق ظالم حق» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن وروى أبو داود وأبو عبيد في الحديث أنه قال فلقد أخبرني الذي حدثني هذا الحديث أن رجلاً غرس في أرض رجل من

كثافع العبد، وإن حبسه مدة لمثلها أجرة ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعة وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالغصب كثافع العبد (والثاني) لا يلزمه أجر تلك المدة لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وأطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا لو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجبا واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحرج أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما ثبتت اليد عليه في الغصب وهذا كله مذهب الشافعي

(فصل) ويلزمه رد المنصوب إن قدر على رده وإن غرم عليه أضاف قيمته إذا كان باقياً لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال «لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعباً جاداً من أخذ عصا أخيه فليردها» رواه أبو داود يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في إدخال النعم والفيض عليه ولأنه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمته إعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب إذا كان بحاله لم يتغير ولم يشتغل بغيره

(فصل) فإن غصب شيئاً فبعد لزم رده وإن غرم عليه أضاف قيمته لأنه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه فإن قال الغاصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالبيع، وإن قال المالك دعه لي في مكانه الذي نقلته

الانصار من بني ياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقصى للرجل بارضه وقضى الآخر أن يزرع نخله قال فلقد رأيتها تضرب في أصولها بالقوس وإنما النخل عم (١) ولأنه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفسه بغير اذنه فلزمه تقريبه كما لو جمل فيه قاشا وإذا قلما لزمه تسوية الحفر وردا الارض إلى ما كانت عليه لانه ضرر حصل بفعله في ملك غيره فلزمته ازالته، وإن أراد صاحب الارض أخذ الشجر والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الناصب فلم يملك صاحب الارض أخذه كما لو وضع فيها أثانا أو حيوانا وإن طلب أخذه بقيته وأبى ما لا يملك إلا القلع فله القلع لانه لا يملكه فذلك نقله ولا يجبر على أخذ القيمة لانها معاوضة فلم يجبر عليها وإن اتفق على تمويضه عنه بالقيمة أو غيرها جاز لأن الحق لها فجاز ما اتفقا عليه وإن ذهب الناصب الفراس والبناء لما لك الارض ليتخلص من قلعه وقبله المالك جاز وإن أبى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله لما تقدم وإن لم يكن في قلعه غرض صحيح احتمل أن يجبر على قبوله لأن فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل أن لا يجبر لأن فيه إجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وإن غضب أرضاً وغراساً من رجل واحد ففرسه فيه فالكل للمالك الارض فإن طالبه المالك بقلعه وفي قلعه غرض اجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ بإعادتها إلى ما كانت، وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الفراس لما ذكرنا

اليه لم يملك الناصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وإن لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وإن قال رده لي إلى بعض الطريق لزمه لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه كما لو أسقط عنه بعض دينه وإن طلب منه حمله إلى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الناصب ذلك سواء كان أقرب إلى المكان الذي يلزمه رده إليه أولاً لانه معاوضة، وإن قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يلزمه ذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لأن الحق لها لا يخرج عنها

(مسئلة) (وإن خلطه بما يتميز منه لزمه تحليله ورده) مثل أن يخلط حنطة بشعير أو سمسم أو صفار الحب بكباره أو زيباً أسود باحمر لما ذكرنا وأجر المميز عليه كاجر رده إذا بعده وإن أمكن تمييز بعضه وجب تمييز ما أمكن منه وإن لم يمكن تمييز شيء منه فسنذكره إن شاء الله تعالى

(مسئلة) (وإن بنى عليه لزمه رده إلا أن يكون قد بلي) إذا غضب شيئاً فشفغله بملكه كحجر بنى عليه أو خيط خاط به ثوبه أو نحوه فإن بلي الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يجب رده ووجبت قيمته لانه صار هالكاً فوجبت قيمته كما لو تلف، وإن كان باقياً بحاله لزمه رده وإن انتقض البناء وتفصل الثوب وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة لا يجب اداء الخشبة والحجر لانه صار تابعاً للملك يستنصر بقلعه فلم يجب رده كما لو غضب خيطاً فخاط به جرح عبده

ولنا أنه مفصوب أمكن رده ويجوز له فيجوز كالأول بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من نافع الآدمي ولأن حاجته إلى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء

وإن لم يكن في قلعه غرض لم يحجر على قلعه لانه سفه فلا يحجر على السفه وقيل يحجر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لان الجيم ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير اذنه

(فصل) والحكم فيها اذا بنى في الارض كالحكم فيها اذا غرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا أنه يخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من بنى في ربايع قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير اذنهم فله النقص» ولان ذلك معاوضة فلا يحجر عليها. واذا كانت الآلة من تراب الارض وأجبارها فليس للغاصب النقص على ما ذكرنا في القوس

(فصل) وان غصب دارا فحصبها وزوقها وطالبه ربا بازالته وفي ازالته غرض لزمه ازالته وارش نقصا ان نقصت وان لم يكن فيه غرض فوجه الغاصب للمالك اجبر على قبوله لان ذلك صفة في الدار فاشبه قصارة الثوب ويحتمل أن لا يحجر لانها أعيان متميزة فصارت بمنزلة القماش وان طلب الغاصب قلعه ومنعه المالك وكان له قيمة بعد الكشط فللغاصب قلعه كما يملك قلع غراسه سواء بذل له المالك قيمته أو لم يبذل وان

(مسئلة) (وان سمر بالمسامير باباً لزمه قلعها وردّها) لما ذكرنا من الحديث

(فصل) وان غصب فصيلاً فأدخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقصه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان كان حصوله في الدار بغير تقريظ من صاحب الدار نقض ابواب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تقريظ من صاحب الدار، وأما الخشبة فان كان كسرهما اكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان اقل كسرت ويحتمل في الفصيل مثل هذا متى كان ذبحه اقل ضرراً ذبح وأخرج لئلا يضره في معنى الخشبة، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً وأدخلها فصيلاً أو خشبة أو أمدى على السان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وإن زاد ضرره على نقض البناء لان سبب هذا الضرر عدوانه فيكون عليه، ولو باع داراً فيها خواصي لا يخرج الا بنقص الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب اقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان لإصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله، وإن كان اكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بان بشرته مشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وان غصب جوهرة فابتلعها بهيمة فقال أصحابنا حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها على ما ذكره، قال شيخنا ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر قيمة من الحيوان ذبح وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا ان يكون الحيوان آدمياً ويفارق الحيط فانه في الغالب اقل قيمة من

لم يكن له قيمة ففيه وجهان (أحدهما) يملك قلعه لأنه عين ماله (والثاني) لا يملك لأنه سفيه بضر ولا ينفع فلم يجبر عليه وإن بذل المالك له قيمته ليركه

(فصل) وإن غصب أرضاً وكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان إن طلبه المالك وكان فيه غرض صحيح وإن لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه؟ يحتمل وجهين ، وإن منعه المالك فرشه أو رده وطلب الغاصب ذلك وكان في رده غرض من إزالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثلها مدة شغلها وأجر نقصها، وإن أخذ تراب أرض فضرب به لبناء رده ولا شيء له إلا أن يكون قد جعل فيه بناءً له أن يحمله ويأخذ بنه وإن كان لا يحصل منه شيء ففيه وجهان بناء على كشط التزويق إذا لم يكن له قيمة وإن طالبه المالك بحمله لزمه ذلك إذا كان فيه غرض وإن لم يكن فيه غرض فعلى وجهين، وإن جعله آجراً أو غاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك إجباره عليه لأن ذلك سفيه لا يفيد واتلاف للمال واضاعة له وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال .

(فصل) وإن غصب أرضاً فحفر فيها بئراً فطالبه المالك بطمها لزمه ذلك لأنه يضر بالارض ولأن التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الارض وكذلك إن حفر فيها بئراً أو حفر بئراً في

الحيوان والجوهره أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه، وإن ابتليت شاة رجل جوهره آخر غير منصوبة ولم يمكن اخراجها إلا بذبح الشاة ذبحت إذا كان ضرر ذبحها أقل وضمان نقصها على صاحب الجوهره لأنه لتخليص ماله فإن كان التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء على صاحب الجوهره لأن التفريط من غيره فكان الضرر على المفرط .

(فصل) وإن أدخلت رأسها في قمقم ولم يمكن اخراجها إلا بذبحها أو كسر القمقم وكان ضرر ذبحها أقل ذبحت وإن كان كسر القمقم أقل كسر، فإن كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وإن كان من صاحب القمقم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه وإن لم يكن منهما تفريط فالضمان على صاحب الشاة، وإن كسر القمقم لأنه كسر لتخليص شاته وإذا ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمقم لأنه لتخليص ماله فإن قال من عليه الضمان منها أنا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لأن اتلاف مال الآخر إنما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فإذا رضي بتلفه لم يجز إتلاف غيره، وإن قال لا أتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه سكن صاحب القمقم لا يجبر على شيء لأنه لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تمذيب الحيوان فيقال له أما إن تذبح الشاة لتريحها من العذاب وأما أن تفرم القمقم لصاحبه إذا كان كسره أقل ضرراً لأن ذلك من ضرورة إبقائها أو تخليصها من العذاب فلزم كتمانها، فإن كان الحيوان غير مأكول احتمل أن

ملك رجل بغير اذنه وان أراد الناصب طمها فتمتع المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بان يسقط عنه ضمان مايقع فيها أو يكون قد نقل رايها الى ملك نفسه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفرينه فله الرد لما فيه من الغرض وبهذا قال الشافعي، وان لم يكن له غرض في طم البئر مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المنصوب منه وأبرأ المنصوب منه مما حفر واذن فيه لم يكن له طمها في أحد الوجهين لانه اتلاف لا نفع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نقرة فطمها دراهم ثم أراد جعلها نقرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية، وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لئلا يبرأ من الضمان بإبراء المالك لانه إبراء مما لم يجب بعد وهو أيضاً إبراء من حق غيره وهو الواقع فيها

ولنا أن الضمان إنما لزمه لوجود التعدي فإذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا إبراء مما لم يجب وإنما هو إسقاط التعدي برضائه به وهكذا ينبغي أن يكون اذا لم يتلفظ بالإبراء ولكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك .

(الفصل الثالث) ان على الناصب أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمها وهكذا كل ما له أجر فعلى الناصب أجر مثله سواء استوفى المنافع او تركها حتى ذهبت لأنها تلفت في يده العادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وان غصب أرضاً فبناها داراً فان كانت آلات بنائها من مال الناصب فعليه أجر

يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا ، واحتمل ان يكسر القمقم وهو قول أصحابنا لانه لا تقع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ، ويحتمل ان يكون كالمأكول في أنه متى كان قتله أقل ضرراً أو كانت الجناية من صاحبه قتل لان حرمة معارضة بجرمة مال الآدمي يتلف والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاعه المال، وفي كسر القمقم مع كثرة قيمته اضاعه المال .

(فصل) وان غصب ديناراً فوقه في محبرته أو اخذ دينار غيره فسهى فوقه في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الخشبة وكذلك ان كان درهما أو أقل وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقه في محبرة آخر بفعل الناصب أو بغير فعله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقيته الواقع فيها ضمنه الناصب ولم يكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدوياً فابى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فيها فلم يجبر صاحبها على اتلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل ان يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الارض بغير اذن المالك لأخذ غرسه ، ويضمن نقصها بالحفر وعلى الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها

(مسئلة) (وان زرع الارض وردها بعد أخذ الزرع فعليه أجرها)

الأرض دون بنائها لانه انما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه اجر ماله ، وان بناها بتراب منها وآلات للمنصوب منه فعليه اجرها مبنية لان الدار كلها ملك للمنصوب منه وانما للغاصب فيها اثر الفعل فلا يكون في مقابلته اجر لانه وقع عدواناً، وان غصب داراً فنقصها ولم يبنها فعليه اجر دار الى حين نقصها واجرها مهدومة من حين نقصها الى حين ردها لان البناء اهدم وتلف فلم يجب اجره مع تلفها، وان نقصها ثم بناها بآلة من عنده فالحكم فيها كذلك وان بناها بآلتها او آلة من ترابها او ملك المنصوب منه فعليه اجرها عرصة منذ نقصها الى ان بناها واجرها داراً فيها قبل ذلك وبعده لان البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناء الغاصب حكم مالو غصبها عرصة فبناها وان كان الغاصب باعها فبناها المشتري او نقصها ثم بناها فالحكم لا يختلف لسكن المالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فان رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما تلف من الاعيان لان المشتري دخل على انه مضمون عليه بالعوض فاستقر ضمانه عليه وان رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب بنقص ائتالف ولم يرجع بقيمة ما تلف، وهل يرجع كل واحد منهما على صاحبه بالاجر ؟ على روايتين، وليس له مطالبة المشتري بشيء من الاجر الا بأجر مدة مقامها في يديه لان يده انما ثبتت عليها حينئذ .

إذا غصب أرضاً فزرعها ووردها بعد حصاد الزرع فهو للغاصب لا تعلم فيه خلافاً لانه تمام ماله وعليه اجر المثل الى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لترك الزراعة كأراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها لما ذكره فيما إذا غرسها أو بنى فيها
(مسئلة) (وان أدركها ربهما والزرع قائم خير بين تركه الى الحصاد بأجرة مثله وبين أخذه بموضه وهل ذلك قيمته أو نفقته؟ على وجهين)

قوله أدركها والزرع قائم يعني استرجعها من الغاصب وقدر على أخذها منه متى أدركها ربهما والزرع قائم لم يملك اجبار الغاصب على قلع الزرع وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض الى الحصاد وبأخذ من الغاصب أجرة الأرض وأرض نقصها وبين أن يدفع اليه نفقته ويكون له الزرع وهذا قول أبي عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك اجبار الغاصب على قلعه لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » لانه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الفرس

ولما ما روى رافع بن خديج قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من زرع في أرض قوم بغير اذنهم فليس له من الزرع شيء وعليه نفقته » رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح فيه دليل على أن الغاصب لا يجبر على القلع لانه ملك للمنصوب منه ولانه أمكن رد المنصوب إلى مالكه من غير ائتلاف مال الغاصب على قرب من الزمان فلم يجز ائتلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وادخلها البحر أو غصب لوحاً فرقم به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترمي صيانة المال عن

(الفصل الرابع) ان على الناصب ضمان نقص الارض ان كان نقصها الفرس او نقصت بغيره وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها اذا كان نقصا مستقرا كثوب تحرق واناة تكسر وطعام سوس وبناء خرب ونحوه فانه يردها وارث النقص لانه نقص حصل في يد الناصب فوجب ضمانه كالتفريق من الطعام والذراع من الثوب وبهذا قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إذا شق رجل لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ ارشه وإن كان كثيراً فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين امساكه وأخذ ارشه، وقد روي عن احمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد في الثوب إن شاء ثقب الثوب وإن شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان هذه جناية اتلفت معظم منفعتها فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له، وحكى أصحاب مالك عنه انه اذا جنى على عين فأتلف غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وان شاء سلمها واخذ قيمتها ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ينفني على ذلك لانه اتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحينئذ انه اتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو اتلف جميعها

التلف كذا هذا، وفارق الشجر لان مدته تتناول ولا يعلم متى ينقطع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية، وحديثهم ورد في الفرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحديثين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وهو أولى من ابطال أحدهما. اذا ثبت هذا فتى رضي المالك بترك الزرع للناصب ويأخذ منه أجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه أخذ أجره كما لو ترك في الدار طعاماً يحتاج في نقله الى مدة وان أحب أخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيع أخذ شجر المشتري بقيمته، وفيها يرد على الناصب روايتان:

(إحداها) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كما لو أتلفه ولان الزرع للناصب الى حين نزاعه منه بدليل أنه لو أخذه قبل ان نزاع المالك كان ملكاً له يأخذه فيكون أخذ المالك له ملكاً له الا ان يعرضه فيجب ان يكون بقيمته كما لو أخذ الشقص المشفوع، فعلى هذا يجب على الناصب أجر الارض الى حين تسليم الزرع لان الزرع كان محكوماً له به وقد شغل به أرض غيره

(والرواية الثانية) يرد على الناصب ما أنفق من البذر ومونة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهو ظاهر كلام الحرقى وظاهر الحديث لقوله «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان أحمد إنما ذهب الى هذا الحكم استحساناً على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة فخضت بيضاً له كان النماء له وقد صرح به أحمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للآثر ولذلك جعلناه للناصب اذا أخذت منه الارض بعد أخذه الزرع واذا كان العمل بالحديث فيجب أن يبيع مدلوله ويحتمل ان يكون الزرع للناصب وعليه الاجرة كما اذا رجع المستعير

ولنا انها جنابة على مال ارشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولانها جنابة تنقص بها القيمة فأشبهه ماله لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة تلف جميعها لان الاعتبار في الاتلاف بالجنى عليه لا بفرض صاحبه لان هذا ان لم يصلح لهذا صلح لغيره .

(فصل) وقدر الارش قدر نقص القيمة في جميع الاعيان وبهذا قال الشافعي وعن احمد رواية اخرى ان عين الدابة تضمن بربع قيمتها فانه قال في رواية ابي الحارث في رجل فاقأ عين دابة لرجل عليه ربع قيمتها قيل له ففأ العينين؟ فقال اذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة واما العينان فما سمعت فيهما شيئاً ، قيل له فان كان بغيراً او بقرة او شاة فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه تنظر ما نقصها وهذا يدل على ان احداً ما اوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمار خاصة للآثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس، واحتج اصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وقدروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة انا كننا ننزلها منزلة الآدمي إلا أنه اجمع

(فصل) فان كان مما تبقى أصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطبة احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي اشبه الخطأ والشمبر واحتمل ان حكمه حكم الفرس لبقاء أصله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي أن يثبت لآثر زرع مثل حكم الفرس وانما ترك فيما تقل مدته للآثر ففيما عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) فان غصب ارضا ففرسها فأثمرت فأدر كها ربهما بعد اخذ الفاصب ثمرتها فهي له فان ادركها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجرة فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها ماء اصل محكوم به للفاصل فكان له كاعصائها وورقها ولبن الشاة ونسلها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادركها في الفرس لان احمد قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضا ففرسها فالفاء لمالك الارض قال القاضي وعليه من انفقه ما انفقه الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قوماً فيها كالزرع قال شيخنا والاول اصح لان احمد قال صرح بان اخذ رب الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيخص الحكم به ولا يذهب الى غيره، ولان الثمرة تفارق الزرع من وجبهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمرة نماء الشجر فكانت لصاحبه الثاني انه يرد عوض الزرع اذا اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمرة .

(فصل) وان غصب شجراً فأثمر فأثمر لصاحب الشجر بغير خلاف فعلمه لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه فمى وزاد فأشبهه ما لو طالت اغصانه، ويرد الثمر ان كان باقياً وبذله ان تلف وان كان رطباً فصار ثمرأ او غنياً فصار زيبأ فله رده وارش نقصه ان نقص ولا شيء له بملكه فيه ولا

وأما أن قيمتها ربع الثمن وهذا إجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رؤوس المسائل وقال أبو حنيفة إذا قلع عيني بهيمة تنفع هامن وجهين كالداية والبعير والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداها ربع قيمتها لقول عمر رضي الله عنه أجمع رأينا على أن قيمتها ربع الثمن، وزوي عن أحمد في المبدأ أنه يضمن في الفص بئ يضمن به في الجناية ففي يده نصف قيمته وفي موضعه نصف عشر قيمته وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنه ضمان لا بأعاض العبد فكان مقدرا من قيمته كأرش الجناية . ولنا أنه ضمان مال من غير جناية فكان الواجب مانع كالتوب وذلك لأن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولأنه لو فات الجميع لو جبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان ، وأما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج أحمد وغيره بحديث عمر وتركوه فإن قول النبي صلى الله عليه وسلم أحق أن يحتج به ، وأما قول عمر فمحمول على أن ذلك كان قدر نقصها كإروى عنه أنه قضى في الدين القائمة بخمسين ديناراً ولو كان تقديره لوجب في العين نصف القيمة كمين الآدمي، وأما ضمان الجناية على أطراف العبد فمعدول به عن القياس للحاق بالجناية على الحر والواجب هنا ضمان اليد ولا تثبت اليد على الحر فيوجب البقاء فيه على موجب الأصل والحاقه بسائر الاموال المفصولة، وقول أبي حنيفة أن هذا في بهيمة الانعام والداية لا يصح لأن هذا القول مبني على قول عمر وقول عمر إنما هو في الداية والداية في العرف ما يعدل ركوب دون بهيمة الانعام

أجرة عليه للشجر لأن أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في الفص ولأن نفع الشجر تربية الثمر وإخراجها وقد عادت هذه المنافع إلى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولها أن ولدت عنده وضمان لبنها بمثله لأنه من ذوات الامثال ويضمن إربارها وأشعارها بمثله كالقطن، وفي ضمان زوائد الفص المنفصلة اختلاف نذكره فيما يأتي

(مسئلة) (وان غرس او بنى اخذ بقلع غرسه وبنائه وتسوية الارض وارش نقصها واجرتها) متى غرس في ارض غيره بغير اذنه او بنى فيها وطلب صاحب الارض قلع غراسه وبنائه لزم الغاصب ذلك ولا نعلم فيه خلافاً لما روى سعيد بن زيد بن عمرو بن قنيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قال « ليس لعرق ظالم حق » رواه الترمذي وقال حديث حسن وروى ابو داود وابو عبيد في الحديث انه قال فلقد اخبرني الذي حدثني هذا الحديث ان رجلاً غرس في أرض رجل من الانصار من بني بياضة فاختصا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى للرجل بأرضه وقضى للآخر أن ينزع نخله قال فلقد رأيتها يضرب في اصولها بالفؤس وانها لتدخل عم ولانه شغل ملك غيره بملكه الذي لا حرمة له في نفعه بغير اذنه فلزمه تفريقه كما لو جعل فيه قماشاً ، واذا قلها لزمه تسوية الحفر ورد الارض إلى ما كانت عليه لانه ضرر حصل في ملك غيره بفعله فلزمته إزالته

(فصل) وان فصب عبد أجنبي عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية الواجب ارض الجناية كما لو جني عليه من غير غصب فنقصته الجناية أقل من ذلك أو أكثر، وان قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من ارض النقص اودية ذلك المضو لان ضمان كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخر فيه فان الجناية واليد وجدا جميعاً، فان غصب عبداً يساوي الفأ فزادت قيمته فصار يساوي الفين ثم قطع يده فنقص الفأ لزمه الف وورد العبد لان سبب زيادة السوق مع تلف العين مضبوطة وبذ العبد كنصفه فكأنه بقطع يده فوت نصفه وإن نقص الفأ وخمسائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه الف وخمسائة وورد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه الف وورد العبد لحسب وإن نقص خمسائة فعليه رد العبد وهل يلزمه الف أو خمسائة ؟ على وجهين .

(فصل) وإن غصب عبداً فقطع آخر يده فللمالك تضمين أيهما شاء لأن الجاني قطع يده والغاصب حصل النقص في يده فان ضمن الجاني فله تضمينه نصف قيمته لا غير ولا يرجع على أحد لانه لم يضمه أكثر مما وجب عليه ويضمن الغاصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد ، وإن قلنا ان ضمان النصب ضمان الجناية او لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الغاصب ههنا شيئاً ، وإن اختار تضمين الغاصب وقلنا ان ضمان النصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجعها للغاصب على الجاني لان التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه ، وان قلنا ان ضمان النصب بما نقص فلرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لان ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة لانها ارض جناية فلا يجب عليه أكثر منها .

(فصل) فان أراد صاحب الارض أخذ الشجرة والبناء بغير عوض لم يكن له ذلك لانه عين مال الغاصب فلم يملك صاحب الارض اخذه كما لو وضع فيها أثاثاً أو حيواناً وان طلب اخذه بقيمته وابتى مالكة إلا القلع فله ذلك لانها ملكة فملك نقله ولا يجبر على اخذ القيمة لانه معاوضة فلم يجبر عليها وان اتفقا على تبويضه عنه جاز لان الحق لهما فجاز ما اتفقا عليه، وان وهب الغاصب الفراس والبناء للمالك الارض ليتخاض من قلعه فقبله المالك جاز وان ابى قبوله وكان في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قبوله وان لم يكن فيه غرض صحيح احتمل ان يجبر على قبوله لان فيه رفع الحصومة من غير غرض يفوت ويحتمل ان لا يجبر لان فيه اجباراً على عقد يعتبر الرضى فيه، وان غصب ارضاً وغراساً من رجل واحد فترسه فيها فالكل للمالك الارض فان طالبه المالك بقلعه وله في قلعه غرض أجبر على قلعه لانه فوت عليه غرضاً مقصوداً بالارض فأخذ باعادتها الى ما كانت وعليه تسوية الارض ونقصها ونقص الفراس لانه نقص حصل في يد الغاصب اشبه ما لو غصب طعاماً فتلف بعضه وان لم يكن في قلعه غرض صحيح لم يجبر على قلعه لانه سقه فلا يجبر عليه وقيل يجبر لان المالك محكم في ملكه والغاصب غير محكم فان اراد الغاصب قلعه ومنعه المالك لم يملك قلعه لان الجميع ملك للمنصوب منه فلم يملك غيره التصرف فيه بغير إذنه .

(فصل) وان غصب عبداً فقطع أذنيه أو يديه أو ذكره أو أنفه أو لسانه أو غصبيه لزمته قيمته كلها ورد العبد نص عليه احمد وبهذا قال مالك والشافعي، وقال أبو حنيفة والثوري بخير المالك بين ان يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته ويملكه الجاني لانه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه له كسائر الاموال .

ولنا أن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك عن جملته كقطع ذكر المدبر وكقطع إحدى يديه أو أذنيه ولان المضمون هو المفوت فلا يزول الملك عن غيره بضائه كما لو قطع تسع أصابع وبهذا يفصل عما ذكره فان الضمان في مقابلة المتلف لا في مقابلة الجملة ، فاما ان ذهب هذه الاعضاء بغير جنابة فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو بما نقص ؟ على روايتين سبق ذكرهما .

(فصل) وإن حتى العبد المقتوب جنابته مضمونة على الفاضل لانه نقص في العبد الجاني لكون ارش الجنابة يتعلق برقبته فكان مضموناً على الفاضل كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب القصاص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد ، وإن جنى على سيده جنابته مضمونة على الفاضل أيضاً لانها من جملة جناباته فكان مضموناً على الفاضل كالجنابة على الاجنبي .

(فصل) اذا نقصت عين المقتوب دون قيمته فذلك على ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب جزءاً مقدراً البدل كبعد خضاه وزيت أغلاه ونقررة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها

(فصل) والحكم فيما اذا بنى في الارض كالحكم فيما اذا عرس فيها في هذا التفصيل جميعه الا انه يتخرج انه اذا بذل مالك الارض القيمة لصاحب البناء اجبر على قبولها اذا لم يكن في النقص غرض صحيح لان النقص سفه والاول اصح لما روى الحلال باسناده عن الزهري عن عروة عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بنى في رباغ قوم باذنهم فله القيمة ومن بنى بغير اذنهم فله النقص » ولان ذلك معاوضة فلا يجبر عليها واذا كانت الآلة من تراب الارض واحجارها فليس للفاضل النقص على ما ذكرنا في النرس

(فصل) وان غصب أرضاً فكشط ترابها لزمه رده وفرشه على ما كان ان طالبه المالك وكان فيه غرض وان لم يكن فيه غرض فهل يجبر على فرشه يحتمل وجهين وان منعه المالك فرشه أو رده وطلب الفاضل ذلك وكان في رده غرض من ازالة ضرر أو ضمان فله فرشه ورده وعليه أجر مثاها مدة شغلها وأجر نقصها ، وان أخذ تراب أرض فضربه لبناء رده ولا شيء له الا ان يحصل فيه تبناً له فله ان يحمله ويأخذ تبنه ، فان كان لا يحصل منه شيء فقيه وجهان بناء على كشط التزويق اذا لم يكن له قيمة وسنذكره ، وان طالبه المالك بحمله لزمه ذلك اذا كان فيه غرض فان لم يكن فيه غرض فعلى وجهين فان جملة أجراً أو نخاراً لزمه رده ولا أجر له لعمله وليس له كسره ولا للمالك اجباره عليه لانه سفه واتلاف للمال واضاعة وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال

فانه يجب ضمان النقص فيضمن نقص العبد بقيمته ونقص الزيت والنفقة بمثلهما مع رد الباقي منها لان الناقص من الدين له بدل مقدور فلزمه ما تقدر به كما لو أذهب الجليخ (الثاني) أن لا يكون مقدراً مثل أن غصب عبداً ذا سمن مفراط خفف جسمه ولم تنقص قيمته فلا شيء فيه سوى رده لان الشرع إنما أوجب في هذا ما ينقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص القيمة فلم يجب شيء بخلاف الصورة الاولى فان الذاهب مقدور البديل فلم يسقط بدله (الثالث) أن يكون النقص في مقدور البديل لكن الذاهب منه أجزاء غير مقصودة كمصير أغلأه فذهبت مائنته وانعدت اجزأؤه فنقصت عنه دون قيمته ففيه وجهان (أحدهما) لا شيء عليه سوى رده لان النار إنما أذهبت مائنته التي يقصد ذهابها ولهذا ترداد حلأوته وتكثر قيمته فلم يجب ضمانها كسمن العبد الذي ينقص قيمته (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدور البديل فأشبه الزيت اذا أغلأه وان نقصت العين والقيمة جميعاً وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعاً لان كل واحد منهما مضمون منفرداً فكذلك اذا اجتمعا وذلك مثل أن يكون رطل زيت قيمته درهم فأغلأه فنقص ثلثه فصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم ، وإن كانت قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى العبد فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصيه لان ذلك بمنزلة مالو فقأ عينيه وهل يجب في المصير ما ينقص من القيمة أو يكون كالزيت ؟ على وجهين

(فصل) وان غصب عبداً فسمن سمننا فنقصت به قيمته أو كان شاباً فصار شيخاً أو كانت الجارية

(فصل) وعليه ضمان نقص الارض ان نقصت بالغرس والبناء وهكذا كل عين منصوبة على الناصب ضمان نقصها إذا كان نقصاً مستقراً كأناء تكسر وطعام سوس وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة إذا شق لرجل ثوباً شقاً قليلاً أخذ أرشه وان كثر فصاحبه بالخيار بين تسليمه وأخذ قيمته وبين ادساكه مع الارش وروي عن أحمد كلام يحتمل هذا فانه قال في رواية موسى بن سعيد إن شاء شق الثوب وان شاء مثله يعني والله أعلم ان شاء أخذ ارش الشق ووجهه ان الجناية أتلفت معظم نفعه فكانت له المطالبة بقيمته كما لو قتل شاة له ، وحكي أصحاب مالك عنه إذا جنى على عين قاتلت غرض صاحبها فيها كان المجني عليه بالخيار ان شاء رجع بما نقصت وإن شاء سلمها وأخذ قيمتها ، ولعل ما يحكى عنه من قطع ذنب حمار القاضي ببنني على ذلك لانه أتلف غرضه به فانه لا يركبه في العادة وحجتهم أنه أتلف المنفعة المقصودة من السلعة فلزمته قيمتها كما لو أتلفها

ولنا أنها جناية على مال أرشها دون قيمته فلم يملك المطالبة بجميع قيمته كما لو كان الشق يسيراً ولأنها جناية تنقص بها القيمة أشبه مالو لم يتلف غرض صاحبها وفي الشاة أتلف جميعها لان الاعتبار بالمجني عليه لا بفرض صاحبه لانه ان لم يصلح لصاحبه صلح لغيره . وعليه أجر الارض منذ غصبها الى وقت تسليمه وهكذا كل ماله أجر فعلي الناصب أجر مثله سواء استوفي المنافع أو تلفت تحت يده لأنها

ناهداً فمقط مديها وجب ارش النقص لا نعلم فيه خلافاً، فإن كان البعد أمرد فثبتت لحيته فنقصت قيمته وجب ضمان نفسه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لأن الفائت لا يقصد قصداً صحيحاً فأشبه الصناعة المحرمة ، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفته فيضمنه بكيفية الصور

(فصل) وإن نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كطعام ابتل وخيف فساد أو عفن وخشي تلفه فعليه ضمان نفسه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه لا يضمن نقصه وقال القاضي لا يلزمه بدله لأنه لا يلزم قدر نقصه وكما نقص شيئاً ضمنه لأنه يستند إلى السبب الموجود في يد الغاصب فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب يتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فساد ويأخذ ارش نفسه وقال أبو حنيفة يتخير بين إمساكه ولا شيء له أو تسليمه إلى الغاصب ويأخذ من قيمته لأنه لو ضمن النقص لحصل له مثل كيله وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بقفيز ردي ودرهم

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو باع عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في الفتن وقال لا يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد منه لأنه ليس من فعله، وهذا الفرق لا يصح لأن البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون الفتن بسبب منه، ثم إن ما وجد في يد الغاصب فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح لأن هذا الطعام عين ماله وليس يبدل عنه وقول أبي الخطاب لا بأس به

تلفت في يده المادية فكان عليه عوضها كالأعيان، وفيه اختلاف نذكره فيما يأتي إن شاء الله تعالى وإن غصب أرضاً فبناها داراً فإن كانت آلات بنائها من مال الغاصب فعليه أجر الأرض دون بنائها لأنه إنما غصب الأرض والبناء له فلم يلزمه أجر ماله وإن بناها بتراب منها وآلات المنصوب منه فعليه أجرها مبنية لأن الدار كلها ملك للمنصوب منه وإنما للغاصب فيها أثر الفعل فلا يكون في مقابلته أجر لأنه وقع عدواناً .

(فصل) وإن غصب داراً فنقصها ولم يبنها فعليه أجر دار إلى حين نقصها وأجرها مهدومة من حين نقصها إلى حين ردها لأن البناء انهدم وتلف فلم يجب أجره مع تلفه، وإن نقصها ثم بناها بالآلة من عنده فالحكم كذلك، وإن بناها بالآلة أو آلة من ترابها أو ملك المنصوب منه فعليه أجرها عرصة منذ نقصها إلى أن بناها وأجرها داراً فيما قبل ذلك وبعده لأن البناء للمالك، وحكمها في نقص بنائها الذي بناه الغاصب حكم ما لو غصبها عرصة فبناها، وإن كان الغاصب باعها فبناها المشتري أو نقصها ثم بناها لم يختلف الحكم وللمالك مطالبة من شاء منها والرجوع عليه فإن رجع على الغاصب رجع الغاصب على المشتري بقيمة ما أنفق من الأعيان لأن المشتري دخل على أنه مضمون عليه بالعوض فاستقر الضمان عليه، وإن رجع المالك على المشتري رجع المشتري على الغاصب في نقص التالف ولم يرجع بقيمة ما تلف وهل يرجع كل واحد منها على صاحبه بالأجر؟ على روايتين وليس له مطالبة

(مسئلة) قال (وان كان زرعها فأدركها ربها والزرع قائم كان الزرع لصاحب الأرض وعليه النفقة وان استحققت بعد أخذ الناصب الزرع فعليه أجرة الأرض)

قوله فأدركها ربها يعني استرجعها من الناصب أو قدر على أخذها منه وهو معنى قوله استحققت يعني أخذها مستحقها فتى كان هذا بعد حصاد الناصب الزرع فإنه للناصب لا نعلم فيه خلافاً وذلك لأنه بناءً على ما له وعليه الأجرة إلى وقت التسليم وضمان النقص ولو لم يزرعها فنقصت لتترك الزراعة كإراضي البصرة أو نقصت لغير ذلك ضمن نقصها أيضاً لما قدمنا في المسألة التي قبل هذه، فأما أن أخذها صاحبها والزرع قائم فيها لم يملك أجبار الناصب على قلعه وخير المالك بين أن يقر الزرع في الأرض إلى الحصاد ويأخذ من الناصب أجر الأرض وارش نقصها وبين أن يدفع إليه نفقته ويكون الزرع له وبهذا قال أبو عبيد وقال أكثر الفقهاء يملك أجبار الناصب على قلعه، والحكم فيه كالغرس سواء لقوله عليه السلام «ليس لمرق ظالم حق» ولأنه زرع في أرض غيره ظلماً أشبه الغراس

ولنا ما روى نافع بن خديج قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء. وعليه نفقته رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن فيه دليل على أن الناصب لا يجبر على قلعه لأنه ملك للمفصوب منه وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى زرعاً

المشتري من الأجر إلا بأجرة مدة مقامها في يديه لأن يده إنما ثبت حينئذ

(مسئلة) (وان غصب لوحاً فرقم به سفينة لم يقلع حتى ترسي إذا كانت السفينة يخاف غرقها بقلع اللوح لم يقلع حتى تخرج إلى الساحل، وان كان في أعلاها لا تفرق بقلعه لزمه قلعها ولصاحب اللوح طلب قيمته فإذا أمكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً فأبق وقال أبو الخطاب ان كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الناصب لم يقلع كالخيط وان كان فيها مال للناصب أو لا مال فيها فكذلك أحد الوحيتين والثاني يقلع في الحال لأنه أمكن رد المفصوب فلزمه وان أفضى إلى تلف مال الناصب كرد الساجة المبني عليها ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه أمكن رد المفصوب من غير اتلاف فلم يجز مع الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء لأنه لا يمكن ردها من غير اتلاف

(مسئلة) (وان غصب خيطاً نخط به جرح حيوان وخيف عليه من قلعه فعليه قيمته الا ان يكون الحيوان مأكولاً للناصب فهل يلزمه رده ويذبح الحيوان؟ على وجهين) هذه المسئلة لا تخلو من ثلاثة أقسام (أحدها) ان يخط به جرح حيوان لا حرمة له كالرثد والخزير والكلب المقور فيجب رده لأنه يتضمن تقويت ذي حرمة أشبه ما لو خط به ثوباً (الثاني) أن يخط به جرح حيوان محترم لا يجلأكله كالأدمى فان خيف من نزعته الهلاك أو أبطأ برؤيه فلا يجزى لان الحيوان أكد حرمة

في أرض طهير فأعجبه فقال « ما أحسن زرع طهير » فقال انه ليس لطهير ولكنه لفلان قال « نخذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » قال رافع فأخذنا زرعا ورددنا عليه نفقته ولانه أمكن رد المنصوب الى مالكة من غير ائلاف مال انصاب على قرب من الزمان فلم يحز ائلافه كما لو غصب سفينة فحمل فيها ماله وأدخلها البحر أو غصب لوحا فرقع به سفينة فانه لا يجبر على رد المنصوب في اللجة وينتظر حتى ترمي صيانة للمال عن التلف كذا ههنا ولانه زرع حصل في ملك غيره فلم يجبر على قلعه على وجه يضر به كما لو كانت الارض مستعارة أو مشفوعة، وفارق الشجر والنخل لان مدته تطاول ولا يعلم متى ينقطع من الارض فانتظاره يؤدي الى ترك رد الاصل بالكلية وحديثهم ورد في الغرس وحديثنا في الزرع فيجمع بين الحدين ويعمل بكل واحد منهما في موضعه وذلك اولى من ابطال احدهما . اذا ثبت هذا فتري رضي المالك بترك الزرع للغاصب وبأخذ منه اجر الارض فله ذلك لانه شغل المنصوب بماله فملك صاحبه اخذ اجره كما لو ترك في الدار طعاما أو احجارا يحتاج في نقله الى مدة، وان احب اخذ الزرع فله ذلك كما يستحق الشفيم اخذ شجر المشتري بقيمته، وفيما يرد على الغاصب روايتان (احداهما) قيمة الزرع لانه بدل عن الزرع فيقدر بقيمته كالأول فله ولأن الزرع للغاصب الى حين انتزاع المالك له منه بدليل انه لو اخذه قبل انتزاع المالك له كان ملكا له ولو لم يكن ملكا له لما ملكه بأخذه فيكون اخذ المالك له ملكا له إلا أن بموضه فيجب ان يكون بقيمته كالأول اخذ الشقص المشفوع ويجب على الغاصب اجر الارض الى حين

من غير المال ولهذا جاز له اخذ مال غيره لحفظ حياته وائلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالابل والحمار الأهلي (الثالث) ان يحيط به جرح حيوان مأكول فان كان ملكا لغير الغاصب وخيف تلفه بقلعه لم يقطع لان فيه اضراما بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب ائلاف مال من لم يحزن صيانة لمال آخر وان كان للغاصب فقال القاضي يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتقاع بلحمه وذلك جائز وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمناع من وجوب رد المنصوب كنفق البناء وقال أبو الخطاب فيه وجهان احدهما هذا (والثاني) لا يجب قلعه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن ذبح الحيوان لغير مأكلة ولا صاحب الشامي وجهان كهذين قال شيخنا ويحتمل ان يفرق بين ما يعد للأكل من الحيوان كبهيمة الانعام والدجاج وبين ما لا يعد له كالحيل وما يقصد صونه من الطير فيجب ذبح الاول اذا توقف رد الحيط عليه ولا يجب ذبح الثاني لانه ائلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الحيط من غير تلف الحيوان أو بعض اعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(مسئلة) (فان مات الحيوان لزمه رده إلا ان يكون آدمياً معصوماً لان غير الآدمي لآدمية لآدمية له بعد الموت وحرمة الآدمي باقية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : كسر عظم الميت ككسره وهو

حي » فعلى هذا يرد قيمته .

(المفني والشرح الكبير)

تسليم الزرع لان الزرع كان محكوما له به وقد شمل به ارض غيره (والرواية الثانية) انه يرد على الغاصب ما اتفق من البذر ومؤنة الزرع في الحرث والسقي وغيره وهذا الذي ذكره القاضي وهذا ظاهر كلام الحرقي وظاهر الحديث لقوله عليه السلام «عليه نفقته» وقيمة الشيء لا تسمى نفقة له والحديث مبني على هذه المسئلة فان احدا انما ذهب الى هذا الحكم استحسانا على خلاف القياس فان القياس ان الزرع لصاحب البذر لانه نماء عين ماله فأشبهه مالهو غصب دجاجة فخصنت أيضاً له أو طعاما فلفقه دواب له كان النماء له وقد صرح به احمد فقال هذا شيء لا يوافق القياس أستحسن ان يدفع اليه نفقته للأثر ولذلك جعلناه للغاصب اذا استحققت الارض بعد اخذ الغاصب له واذا كان العمل بالحديث فيجب ان يتبع مدلوله

(فصل) فان كان الزرع مما يبقى اصوله في الارض ويجز مرة بعد اخرى كالرطوبة والتغناح احتمل ان يكون حكمه ما ذكرنا لدخوله في عموم الزرع لانه ليس له فرع قوي فأشبهه الحنطة والشعير واحتمل ان يكون حكمه حكم الفرس لبقاء اصوله وتكرر اخذه ولان القياس يقتضي ان يثبت لكل زرع مثل حكم الفرس ولانما ترك فيها ثقل مدته للأثر ففيها عداه يبقى على قضية القياس

(فصل) وان غصب ارضا فغرسها فأثمرت فأدر كها ربحا بعد اخذ الغاصب ثمرتها فهي له وان ادر كها والثمرة فيها فكذلك لانها ثمرة شجره فكانت له كما لو كانت في ارضه ولانها نماء اصل محكوم به للغاصب فكان له كأغصانها وورقها ولبن الشاة ولدها، وقال القاضي هي لمالك الارض ان ادر كها في الفرس لان احمد

(مسئلة) (وان غصب جارحا فصاد او شبكة او شركا فامسك شيئا او فرسا فصاد عليه او او غنم فهو للمالك) كما لو غصب عبدا فصاد فان الصيد لسيد العبد ويحتمل انه للغاصب لان الصائد والجارحة آلة ولهذا اكتفى بتسميته عند ارسال الجارح وفيها إذا غصب فرسا او سهما او شبكة فصاد به وجه آخر انه للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه اجرة ذلك كله مدة مقامه في يده ان كان له اجر وان قلنا هو للمالك لم يكن له اجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان منافعه في هذه المدة عادة إلى المالك فلم يستحق عوضا على غيره كما لو زرع ارض انسان فاخذ المالك الزرع بنفقته والثاني عليه اجر المثل لانه استوفى منافعه أشبه مالهو لم يصد، ولو غصب عبدا فصاد أو كسب فالكسب للنسب وفي وجوب اجرة العبد على الغاصب في مدة كسبه وصيد الوجهان وإن غصب منجلا فقطع به خشبا أو حشيشا فهو للغاصب لان هذه آلة فهو كالجليل يربط به .

(مسئلة) (وان غصب توبا فقصه أو غزلا فنسجه أو فضة أو حديدا فضر به أو خشبا فتجره أو شاة فذبها وشواها رد ذلك بزيادته وأرش نقصه)

ولاشيء له هذا ظاهر المذهب وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل ينقطع حق صاحبها عنها الا ان الغاصب لا يجوز له التصرف فيها الا بالصدقة الا أن يدفع قيمته فيملكها ويتصرف

قال في رواية علي بن سعيد اذا غصب ارضاً ففرسها فالتما مالاً الارض قال القاضي وعليه من النفقة ما اتفقته الفارس من مؤنة الثمرة لان الثمرة في معنى الزرع فكان لصاحب الارض اذا ادركه قائماً فيها كالزرع، والاول اصح لان احمد قد صرح بأن اخذ زرع الارض الزرع شيء لا يوافق القياس وانما صار اليه للآثر فيختص الحكم به ولا يبعدى الى غيره ولان الثمرة تقارق الزرع من وجهين (احدهما) ان الزرع نماء الارض فكان لصاحبها والثمر نماء الشجر فكان لصاحبه (الثاني) انه يرد عوض الزرع الذي اخذه مثل البذر الذي نبت منه الزرع مع ما اتفق عليه ولا يمكنه مثل ذلك في الثمر

(فصل) وان غصب شجراً قائماً فالثمر لصاحب الشجر بشرط خلاف لعله لانه نماء ملكه ولان الشجر عين ملكه متى وزاد فأشبهه مالوطالت أغصانه، وعليه رد الثمر ان كان باقياً وان كان تالفاً فعليه بدله وان كان رطباً فصار ثمرأً أو عنباً فصار زبيباً فعليه رده وارش تقصه ان نقص وليس له شيء بعمله فيه وليس للشجر أجرة لان أجرها لا تجوز في العقود فكذلك في الغصب ولان تقع الشجرة رية الثمر واخراجها وقد ماتت هذه المنافع الى المالك، ولو كانت ماشية فعليه ضمان ولدها ان ولدت عنده ويضمن لبنها بمثله لانه من ذوات الامثال ويضمن أوبارها وأشعارها بمثله كالقطن

(فصل) واذا غصب أرضاً فحكها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط لم يحز لغير مالها دخولها لان ملك مالها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بشرط اذنه كالمالك في يده قال أحمد في الضيعة نصير غيبة فيها ستمك لا يصيد فيها أحداً الا باذنهم وان كانت صحراء جاز

فيها كيف شاء وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الناصب يملكها بالقيمة إلا انه قول قديم رجع عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة واحتجوا بما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكها ولا يسفيها فقال «ان هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» قالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «أطعموها الاسرى» رواه أبو داود بنحو من هذا وهذا يدل على ان حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر بردها عليهم

ولنا أن عين مال المنسوب منه قائمة فلزم ردها اليه كما لو ذبح الشاة ولم يشوها ولانه لو فعله بملكه لم يزل عنه فكذلك إذا فعله بملك غيره كذبح الشاة وضرب النقرة دراها ولانه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه وأما الخبر فليس بمعروف كمارووه في رواية أبي داود ونحن نرضيهم عنها. إذا ثبت هذا فانه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وعنه يكون شريكاً بالزيادة ذكرها أبو الخطاب لانها حصلت بمنفعة والمنافع أجريت بحري الاعيان أشبهه مالو غصب ثوباً فصنعه والمذهب الاول ذكره أبو بكر والقاضي لان الناصب عمل

الدخول فيها ورعي حشيشها قال أحمد لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ، ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروذي في رجل والداه في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه وذلك لان دخوله عليهما تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبد الصمد في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم وبرأوهم على الخروج فان أجابوه والا لم يقيم معهم ولا يدع زيارتهم يعني يزورهم بحيث يأتي باب دارهم ويتعرف اخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ، ونقل المروذي عنه اكره المشي على العبارة (١) التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها يضربها ، وقال أحمد لا يذفن في الارض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بغير اذنهم ، وقال أحمد فيمن ابتاع طعاماً من موضع غصب ثم علم رجع الى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال : يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهى عنه فكان البيع فيه محرماً ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم يحملهم على العقود والبيع فيه وترك الشراء منهم يمنع القعود وقال لا يتساع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كأنه بمنزلة المضطر ، وقال في السلطان اذا بنى داراً وجمع الناس اليها اكره الشراء منها وهذا ان شاء الله تعالى على سبيل الورع لما فيه من الاعانة على الفعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فما ليس بعبادة أولى ، وقال فيمن غصب ضيعة وغصبت من الغاصب فأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالكها والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوفاً

(١) بتشديد اليا.

في ملك غيره بغير اذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كما لو أغلى زينة فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة لسان في أرضه فأصابه الثوب فان الصبغ عين مال لا يزول ملك صاحبه عنه بجعله مع ملك غيره وهذا حجة عليه لانه اذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلا أن لا يزول ملك غيره بعمله فيه أولى فان احتج بان من زرع في أرض غيره ترد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للغاصب لانه عين ماله ونفقته عليه تزداد به قيمته فاذا أخذه مالك الارض احتسب بما انفق على ملكه وفي مستثلنا عمله في ملك المنصوب منه بغير اذنه فكان لاغياً على اتنا نقول انما تجب قيمة الزرع على احدى الروايتين وقال أبو بكر يملكه وعليه قيمته لما روى محمد بن الحكم ووجهه كما ذكرنا والصحيح الاول (نقل) فان نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وان نقصت العين والقيمة ضمنها معاً كالزيت اذا أغلاه وهكذا القول في كل ما تصرف فيه كنقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره لانه نقص بفعل غير مأذون فيه أشبه ما لو أتلّف بضه وان جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل ان سمر الدفوف بمساميره فله قلمه ويضمن ما نقصت الدفوف ، وان كانت المسامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للغاصب وليس له قلمها الا ان يأمره

التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها وادعاها ملكا باليد وإلا فالواجب ردها على مالئها وقد صرح بهذا في رواية عبد الله في رجل استودع رجلا الف الفاء رجل الى المستودع فقال إن فلانا غصبني الالف الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

(مسئلة) قال (ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة فزاد في بدنه وتعلم حتى صارت قيمته مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة أخذه السيد وأخذ من الغاصب مائة)

وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يردّها لانه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنقص سعرها ولنا أنها زيادة في نفس المصوب فلزم الغاصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل وفارق زيادة السعر فانها لو كانت موجودة حال الغصب لم يضمنها والصناعة ان لم تكن من عين المصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها اذا طوّل برد العين وهي موجودة فلم يردّها وأجريناها هي والتعلم مجري السمن الذي هو عين لانها صفة تتبع العين وأجرينا الزيادة الحادثة في يد الغاصب مجرى الزيادة الموجودة حال

المالك فيلزمه ، وان كانت المسامير للغاصب فوهبها للمالك لم يجبر على قبولها في أقوى الوجوهين وان استأجر الغاصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه فالاجر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو فعل ذلك بنفسه وللمالك تضمين النقص من شاء منها فان غرم الغاصب لم يرجع على أحد اذا لم يعلم الاجير الحال وان ضمن الاجير رجوع على الغاصب لانه أتلف مال غيره بغير إذنه عالماً بالحال ، وإن ضمن الغاصب رجوع على الاجير لان النقص حصل منه فاستقر الضمان عليه وإن استعان بمن فعل ذلك فهو كالاجير .

(مسئلة) (وان غصب أرضاً خفر فيها بئراً ووضع ترابها في أرض مالئها لم يملك طمها إذا أبرأه المالك من ضمان ما يتلف بها في أحد الوجوهين)

اذا طمها المالك بطمها لزمه لانه يضر بالأرض ولان التراب ملكه نقله من موضعه فلزمه رده كتراب الأرض وكذلك لو حفر فيها نهراً أو حفر بئراً في ملك رجل بغير إذنه، وان أراد الغاصب طمها فتمه المالك نظرنا فان كان له غرض في طمها بأن يسقط عنه ضمان ما يقع فيها أو يكون قد نقل ترابها الى ملكه أو ملك غيره أو طريق يحتاج الى تفريغه فله ذلك لما فيه من الضرر وبه قال الشافعي وان لم يكن له غرض مثل أن يكون قد وضع التراب في ملك المصوب وأبرأه من ضمان ما يتلف بها لم يكن له طمها في أحد الوجوهين لانه اتلاف لا تقع فيه فلم يكن له فعله كما لو غصب نفرة فطمها دراهم ثم

الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة للمصوب منه فتكون مملوكة له أيضا لأنها تابعة للعين ، فأما ان غصب العين سمينة او ذات صناعة او تعلم القرآن ونحوه فهزلت ونسبت فنقصت قيمتها فعليه ضمان نقصها لا تعلم فيه خلافا لأنها نقصت عن حال غصبها نقصا اثر في قيمتها فوجب ضمانها كما لو اذهب عضوا من اعضائها (فصل) اذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت قبلت قيمتها الفأثم تعلمت صناعة قبالت الفين ثم هزلت ونسبت فعادت قيمتها الى مائة ردها ورداها وتسعمائة وان بلغت بالسمن الفأثم هزلت قبلت مائة ثم تعلمت قبلت الفأثم نسبت فعادت الى مائة ردها ورداها ألفا وتسعمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة، وان سمنت قبلت الفأثم هزلت فعادت الى مائة ثم تعلمت فعادت الى ألف ردها وتسعمائة لان زوال الزيادة الاولى اوجب الضمان ثم حدثت زيادة اخرى من وجه آخر على ملك المصوب منه فلا يجبر ملك الانسان بملكه ، واما اذا باغت بالسمن الفأثم هزلت فعادت الى مائة ثم سمنت فعادت الى ألف ففيه وجهان (أحدهما) يرد لها زائدة ويضمن نقص الزيادة الاولى كما لو كانا من جنسين فان ملك الانسان لا يجبر بملكه لان الزيادة الثانية غير الاولى . فعلى هذا ان هزلت مرة ثانية فعادت الى مائة ضمن النقصين بألف وتسعمائة (والوجه الثاني) انه اذا ردها سمينة فلا شيء عليه لانه عاد ما ذهب فأشبهه ما لو مرضت فنقصت ثم عوفيت أو نسبت صناعة ثم تعلمتها أو أبقي العبد ثم عاد ، وفارق ما إذا زادت من جهة اخرى فانه لم يعد ما ذهب وهذا

أراد ردها نفرة وبهذا قال أبو حنيفة والمزني وبعض الشافعية وقال بعضهم له طمها وهو الوجه الثاني لنا لانه لا يبرأ من الضمان ببراء المالك لكونه أبرأ مما لم يجب بدوهو أيضا أبرأ من حق غيره وهو الواقع فيها ولنا أن الضمان انما يلزمه لوجود التعدي فاذا رضي صاحب الارض زال التعدي فزال الضمان وليس هذا لإبراء مما يجب انما هو اسقاط التعدي برضاء به وهكذا ينبغي أن يكون الحكم اذا لم ي تلفظ بالابراء لكن منعه من طمها لانه يتضمن رضاه بذلك

(مسئلة) (وان غصب حبا فزرعه أو نوى فصار غرسا أو يضا فصار فراخا رده ولا شيء للغاصب لانه عين مال المصوب منه ويتخرج أن يملكه الغاصب كما اذا قصر الثوب أو ضرب الفضة لكونه غيره بفعله فالتغير في البيضة أعظم فانه استحال بزوال اسمه ، فعلى هذا يتخرج أيضا أن يكون شريكا بالزيادة كالمسئلة الاولى

(فصل) وان غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت بيضها فصار فراخا فمها لملكها ولا شيء للغاصب في علفها . قال أحمد في طيرة جاءت الى دار قوم فأفرخت عندهم يرد لها وفراخها الى أصحاب الطيرة ولا شيء للغاصب فيما عمل وان غصب شاة فانزا عليها فحله فالولد لصاحب الشاة لانه من نملها وان غصب فخلا فانزاه على شاته فالولد لصاحب الشاة لانه يتبع الام ولا أجرة له لان النبي ﷺ نهى عن عسب الفحل، وإن نقصه الضراب ضمنه وان نقص المصوب لزمه ضمان نقصه بقيمته رقيقا

الوجه اقبس لما ذكرنا من شواهد، فعلى هذا لو سمت بعد المزال ولم تبلغ قيمتها الى ما بلغت في السمن الاول او زادت عليه ضمن اكثر الزياتين وتدخل الاخرى فيها وعلى الوجه الاول يضمهما جميعاً فأما ان زادت بالتعليم او الصناعة ثم نسبت ثم تلمت ما نسبته فعادت القيمة الاولى لم يضم النقص الاول لان العلم الثاني هو الاول فقد عاد ما ذهب وان تلمت علماً آخر او صناعة اخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكر هذا القاضي وهو مذهب الشافعي، وقال ابو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين او من جنسين كالسمن والتعليم والاو اولى .

(فصل) وان مرض المصنوب ثم برأ او ابيضت عينه ثم ذهب بياضها او غصب جارية حسناء فسمت سماً نقصها ثم خف سمنها فعاد حسنها وقيمتها ردها ولا ضمان عليه لانه لم يذهب له قيمة والعيب الذي اوجب الضمان زال في يديه وكذلك لو حملت فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضم شيئاً فان رد المصنوب ناقصاً بمرض او عيب او سمن مفروط او حمل فعليه ارش نقصه فان زال عيبه في يدي ماله لم يلزمه رد ما أخذ من ارشه لانه استقر ضمانه برد المصنوب وكذلك ان اخذ المصنوب دون ارشه ثم زال العيب قبل اخذ ارشه لم يسقط ضمانه لذلك .

(فصل) زوائد النصب في يد الناصب مضمونة ضمان النصب مثل السمن وتعلم الصناعة وغيرها

كان أو غيره وبه قال الشافعي وعن احمد في العبد رواية أخرى أنه يضمن بما يضمن به في الاكلاف فيجب في يده نصف قيمته وفي موضحة نصف عشر قيمته وهو قول بعض أصحاب الشافعي لانه ضمان لا يباض العبد فكان مقدراً من قيمته كارش الجنابة

ولنا أنه ضمان مال من غير جنابة فكان الواجب ما نقص كالبهيمة وكنقص الثوب بحقيقته أن القصد بالضمان جبر حق المالك بإيجاب قدر المفقوت عليه وقدر النقص هو الجابر ولا به لوفات الجميع لو جبت قيمته فاذا فات منه شيء وجب قدره من القيمة كغير الحيوان وضمان الجنابة على أطراف العبد معدول به عن القياس للاحاق بالجنابة على الحر والواجب هنا ضمان اليد وهي لا تثبت على الحر فوجب البقاء فيه على موجب الاصل والحاقة بسائر الاموال المنصوبة على أن في الجنابة على العبد رواية أنه يضمن بما نقص فتتفق الروايتان والتفريع على الاول، ويتخرج أن يضمنه بأكثر الامرئين منها لأن سبب كل واحد منهما قد وجد، فأما ان كان النقص في الرقيق مما لا مقدور فيه كنقصه لكبير او مرض او شعبة دون الموضحة فعليه ما نقص مع الرد لا غير لا نعلم فيه خلافاً فان كان العبد أمرد فثبتت له قيمته فنقصت قيمته وجب ضمان نقصه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب ضمانه لان الفائم لا يقصد قصداً صحيحاً أشبه الصناعة المحرمة، ولنا أنه نقص في القيمة بتغير صفة فيضنه كبقية الصور

ونجرة الشجرة وولد الحيوان متى تلف شيء منه في يد الناصب ضمنه سواء تلف منفرداً أو تلف مع أصله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان زوائد النصب إلا أن يطالب بها فيمتنع من ادائها لأنها غير مقصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم النصب أنه فعل محرم وثبوت يده على هذه الزوائد ليس من فعله لأنه ابنى على وجود الزوائد في يده ووجودها ليس بفعل محرم منه. ولنا أنه مال المنصوب منه حصل في يده بالنصب فيضمنه بالتلف كالأصل وقولهم إن إثبات يده ليس من فعله لا يصح لأنه بإسالك الأم تسبب إلى إثبات يده على هذه الزوائد وإثبات يده على الأم محذور.

(فصل) وليس على الناصب ضمان نقص القيمة الحاصل بتغير الأسعار نص عليه أحمد وهو قول جمهور العلماء وحكي عن أبي ثور أنه يضمنه لأنه يضمنه إذا تلفت العين فيلزمه إذا ردها كالسمن. ولنا أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كما لو لم تنقص ولا نسلم أنه يضمنها مع تلف العين وإن سلمنا فلأنه وجبت قيمة العين أكثر مما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما إذا ردها فإن القيمة لا يجب ويخالف السمن فإنه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولأنه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وأما حقه في العين وهي باقية كلها كما كانت ولأن الناصب يضمن ماغصب والقيمة لا تدخل في النصب بخلاف زيادة العين فإنها مفصولة وقد ذهبت

(مسألة) (وان غصبه وجني عليه ضمنه بأكثر الأمرين)

وجملة ذلك أنه إذا غصب عبداً وجني عليه جناية مقدرة الدية فعلى قولنا ضمان النصب ضمان الجناية يكون الواجب أرش الجناية كما لو جني عليه من غير غضب ونقصه الجناية أقل من ذلك أو أكثر وإن قلنا ضمان النصب غير ضمان الجناية وهو الصحيح فعليه أكثر الأمرين من أرش انقص أودية ذلك العضو لأن سبب كل واحد منهما وجد فوجب أكثرهما ودخل الآخرفيه فإن الجناية واليدوجدان جميعاً فلو غصب وقيمتها ألف فزادت قيمته إلى ألفين ثم قطع يده فنقص ألفاً يلزمه ألف وورد العبد لأن زيادة السوق إذا تلفت العين مضونة ويد العبد كنصفه فكانه يقطع يده فوث نصفه وإن نقص ألفاً وخمسمائة وقلنا الواجب ما نقص فعليه ألف وخمسمائة ويرد العبد وإن قلنا ضمان الجناية فعليه ألف ويرد العبد حسب وإن نقص خمسمائة فعليه رد العبد وهل يلزمه ألف أو خمسمائة؟ على وجهين .

(مسألة) (وان جنى عليه غير الناصب فله تضمين الناصب أكثر الأمرين ويرجم الناصب على الجاني بأرش الجناية وله تضمين الجاني أرش الجناية وتضمين الناصب ما بقي من النقص)
إذا غصب عبداً فقطم آخريده فللمالك تضمين من شاء منهما لأن الجاني قطع يده والناصب حصل النقص

(فصل) ولو غصب شيئاً فشقّه نصفين وكان ثوباً ينقصه القطع رده وأرش نقصه فإن تلف أحد النصفين رد الباقي وقيمة النصف وأرش النقص وإن لم ينقصه القطع رد الباقي وقيمة النصف لا غير وإن كانا باقين ردهما ولا شيء عليه سوى ذلك وإن غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجه خف ومصرعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة النصف وأرش نقصهما فإذا كانت قيمتهما ستة دراهم فتلف أحدهما فصارت قيمة الباقي درهمين رد الباقي وأربعة دراهم وفيه وجه آخر لا يلزمه إلا قيمة النصف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه لم يتلف غيره ولأن نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص بتغير الاسرار، والصحيح الأول لأنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كشق الثوب الذي ينقصه الشق إذا تلف أحد شقيه بخلاف نقص السعر فإنه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وههنا فوت معنى وهو إمكان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الناصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت ذلك قيمته كما كانت لزمه رده وأرش نقصه، فلو غصب ثوباً قيمته عشرة فنقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده ورد خمسة لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة خمسة فلا يثبت ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمتها ثلاثة لم يلزم الناصب إلا خمسة

في يده فإن ضمن الجاني ضمنه نصف القيمة لا غير ولم يرجع على أحد لأنه لم يضمنه أكثر مما وجب عليه ويضمن الناصب ما زاد على نصف القيمة إن نقص أكثر من النصف ولا يرجع على أحد وإن قلنا ضمان الناصب ضمان الجناية أو لم ينقص أكثر من نصف قيمته لم يضمن الناصب ههنا شيئاً وإن اختار تضمين الناصب وقلنا إن ضمان الناصب كضمان الجناية ضمنه نصف القيمة ورجع بها الناصب على الجاني لأن التلف حصل بفعله فاستقر الضمان عليه، وإن قلنا إن ضمان الناصب بما نقص فرب العبد تضمينه بأكثر الأمرين لأن ما وجد في يده فهو في حكم الموجود منه ثم يرجع الناصب على الجاني بنصف القيمة لأنها أرش جنايته فلا يجب عليه أكثر منها

(مسئلة) (وإن غصب عبداً فخصه لزمه رده وقيمة)

إذا غصب عبداً ففطخ خصيه أو يديه أو ذكره أو لسانه أو ما تحب فيه الدية من الحر لزمه رده وقيمة كالمص عليه وبه قال مالك والشافعي، وقال الثوري وأبو حنيفة بخير المالك بين أن يصبر ولا شيء له وبين أخذ قيمته وبملكه الجاني لأنه ضمان مال فلا يبقى ملك صاحبه عليه مع ضمانه كسائر الاموال ولأن المتلف البعض فلا يقف ضمانه على زوال الملك كقطع ذكر المدبر ولأن المضمون النصف فلا يزول الملك عن غيره بضمانه كما لو قطع تسم أصابع، وهذا يفصل عما ذكره فإن الضمان في مقابلة

مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمتة عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمة الثوب عشرين لم يضمن الا عشرة لانها ثبتت في الذمة عشرة فلا تزاد بفناء الثياب ولا تنقص برخصها
(فصل) وان غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمل المنشقة وزئبرة اثوب فعليه ارش نقصه وإن أقام عنده مدة لملها أجره لزمه أجره سواء استعمله أو تركه، وإن اجتمعا مثل أن أقام عنده مدة فذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما ما لا اجر وارش النقص سواء كان ذهاب الاجزاء بالاستعمال أو بغيره وقال بعض أصحاب الشافعي ان نقص بغير الاستعمال كثوب ينقصه النشرفنقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الاجر والنقص، وإن كان النقص من جهة الاستعمال كثوب لبسه وأبلاه ففيه وجهان (أحدهما) يضمنها معاً (والثاني) يجب أكثر الأمرين من الاجر وارش النقص لان ما نقص من الاجزاء في مقابلة الاجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الاجزاء، ويتخرج لنا مثل ذلك. ولما أن كل واحد منهما ينفرد بالاجاب عن صاحبه فاذا اجتمعا وجبا كالأقلام في يده مدة ثم تلف والاجرة تجب في مقابلة ما يفوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وإن لم تفت الاجزاء وإن لم يكن للمنصوب اجر كثوب غير مخيط فلا اجر على الفاضل وعليه ضمان نقصه لا غير

(فصل) اذا نقص المنصوب عند الفاضل ثم باعه فتلّف عند المشتري فله ان يضمن من شاء، ومنها فان ضمن الفاضل ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين النصب الى حين اتلف لانه في ضمانه من حين

التلف لا في مقابلة الجملة، فان ذهبت هذه الاعضاء بغير جناية فهل يضمنها ضمان الاتلاف أو ما نقص؟ على روايتين مضي ذكرهما، وعن أحمد رواية أخرى أن عين الدابة تضمن بربع قيمتها من الخيل والبغال والحمير فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل ففأعين دابة عليه ربع قيمتها قيل له فقاً العيين؟ قال إذا كانت واحدة فقال عمر ربع القيمة وأما العينان فما سمعت فيها شيئاً قيل له فان كان بغيراً أو بقرة أو شاة؟ فقال هذا غير الدابة هذا ينتفع بلحمه ينظر ما نقصها، وهذا يدل على ان احد انما أوجب مقدراً في العين الواحدة من الدابة وهي الفرس والبغل والحمير خاصة للأثر الوارد فيه وما عدا هذا يرجع الى القياس. واحتج أصحابنا لهذه الرواية بما روى زيد بن ثابت ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في عين الدابة بربع قيمتها وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى شريح لما كتب اليه يسأله عن عين الدابة: انا كنا نزلها مرة الآدمي الا أنه اجمع رأينا ان قيمتها ربع الثمن. وهذا اجماع يقدم على القياس ذكر هذين أبو الخطاب في رهوس المسائل، وقال ابو حنيفة اذا قلم عيني بهيمة ينتفع بها من وجهين كالدابة والبعر والبقرة وجب نصف قيمتها وفي إحداهما ربع قيمتها لقول عمر أجمروا بنا على ان قيمتها ربع الثمن، والمذهب ان قدر الارش ما نقص من القيمة كبائر الاعيان فاما حديث زيد بن ثابت فلا أصل له ولو كان صحيحاً لما احتج احمد وغيره بحديث عمر وتركوه واما قول عمر فحمل على ان ذلك كان قدر نقصها كما روي عنه أنه قضى في العين القائمة بخمسين ديناراً

غصبه الى يوم تاف وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى حين تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كان له اجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وان شاء رجع على المشتري بأجر مقامه في يده وبالباقى على الغاصب والكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه نذكره فيما بعد ان شاء الله تعالى

(فصل) وإذا غصب حنطة فطحها أو شاة فذبحها وشواها أو حديدًا فعمله سكاكين أو أواني أو خشبة فنجرها بابا أو تابوتاً أو ثوباً فقطعه وخاطه لم يزل ملك صاحبه عنه وبأخذه وارث تنصه ان نقص ولا شيء للغاصب في زيادته في الصحيح من المذهب وهذا قول الشافعي وقال أبو حنيفة في هذه المسائل كلها ينقطع حق صاحبها عنها إلا أن الغاصب لا يجوز له التصرف فيها إلا بالصدقة إلا أن يدفع قيمتها فيملكها ويتصرف فيها كيف شاء، وروى محمد بن الحكم عن أحمد ما يدل على أن الغاصب يملكها بالقيمة إلا أنه قول قديم رجم عنه فان محمداً مات قبل أبي عبد الله بنحو من عشرين سنة، واحتجوا بما روي أن النبي ﷺ زار قوماً من الانصار في دارهم فقدموا اليه شاة مشوية فتناول منها لقمة فجعل يلوكمها ولا يسفيها فقال «إن هذه الشاة لتخبرني أنها أخذت بغير حق» فقالوا نعم يا رسول الله طلبنا في السوق فلم نجد فأخذنا شاة لبعض الانصار جيراننا ونحن نرضيهم من ثمنها فقال النبي ﷺ «اطعموها الاسرى» رواه أبو داود وبنحو من هذا وهذا يدل على أن حق أصحابها انقطع عنها لولا ذلك لامر ردّها عليهم . ولنا أن عين مال المنصوب منه قائمة فلزم ردّها اليه كالأودج الشاة ولم يشوها ولانه لو قتل بملكه لم يزل عنه فاذا قتل بملك غيره

(مسئلة) (وإن نقصت قيمة العين لتغير الاسعار لم يضمن نص عليه) وهو قول جمهور العلماء، وحكي عن أبي ثور انه يضمنه لانه يضمنه اذا تلفت العين فلزمه اذا ردّها كالسمن وذكره ابن أبي موسى رواية عن احمد ولنا انه رد العين بحالها لم تنقص منها عين ولا صفة فلم يلزمه شيء كالأولم تنقص ولا تسليم انه يضمنها مع تلف العين وان سلمنا فلانه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها فدخلت في التقويم بخلاف ما اذا ردّها فان القيمة لا تجب ويخالف السمن فانه من عين المنصوب والعلم بالصناعة صفة فيها وهما لم تذهب عين ولا صفة ولانه لاحق للمنصوب منه في القيمة مع بقاء العين وإنما حقه في العين وهي باقية كما كانت ولان الغاصب يضمن ما غصبه والقيمة لا تدخل في الغصب بخلاف زيادة العين فانها مفصولة وقد ذهبت (مسئلة) وان نقصت القيمة لمرض أو غيره ثم عادت ببرئه لم يلزمه شيء الا ردّه) إذا مرض المنصوب ثم برى أو أبيضت عينه ثم زال ياضه أو غصب جارية حسنة فسمت سمنًا فنقص ثم خف سمنها فعاد حسنة وقيمتها ردّها ولا شيء عليه لانه لم يذهب ماله قيمة والعيب الذي أوجب الضمان زال في يديه، وكذلك لو حمل فنقصت ثم وضعت فزال نقصها لم يضمن شيئاً فان رد المنصوب ناقصاً بمرض أو عيب أو سمن مفراطاً وحمل فعليه أرش نقصه فان زال عيبه في يد مالكه لم يلزمه ردّه مأخذ لانه استقر ضمانه برد المنصوب وكذلك أن اخذ المنصوب دون أرشه ثم زال العيب قبل أخذ أرشه لم يسقط ضمانه لذلك (مسئلة) (وإن زادت القيمة لسمن أو غيره ثم نقصت ضمن الزيادة) اذا زادت قيمة المنصوب في يد

لم يزل عنه كما لو ذبح الشاة أو ضرب النقرة دراهم ولأنه لا يزيل الملك إذا كان بغير فعل آدمي فلم يزل
إذا فعله آدمي كالذي ذكرناه فأما الخبر فليس يعرف كما رووه وليس في رواية أبي داود ونحن نرضيهم
عنها، فإذا ثبت هذا فإنه لا شيء للناصب بعمله سواء زادت العين أو لم تزد وهذا مذهب الشافعي وذكر
أبو الخطاب أن الناصب يشارك المالك بالزيادة لأنها حصلت بمنافعه ومنافعه أجريت بحري العين فأشبهه
مالو غصب ثوباً فصنفه والمذهب الأول ذكره أبو بكر والقاضي لأن الناصب عمل في ملك غيره بغير
أذنه فلم يستحق لذلك عوضاً كالو أعلى زبناً فزادت قيمته أو بنى حائطاً لغيره أو زرع حنطة انسان
في أرضه وسائر عمل الناصب، فلما صبح الثوب فإن الصبغ عين مال لا يزل ملك صاحبه عنه بجعله مع
ملك غيره وهذا حجة عليه لأنه إذا لم يزل ملكه عن صبغه بجعله في ملك غيره وجعله كالصفة فلأن لا يزل
ملك غيره بعمله فيه أولى، فإن احتج بأن من زرع في أرض غيره برد عليه نفقته قلنا الزرع ملك للناصب
لأنه عين ماله ونفقته عليه يزداد به قيمته فإذا أخذه مالك الأرض احتسب له ما انفق على ملكه وفي
مسئلتنا عمله في ملك المنصوب منه بغير أذنه فكان لاغياً، على أننا نقول إنما تجب قيمة الزرع على إحدى
الروايتين قلنا إن نقصت العين دون القيمة رد الموجود وقيمة النقص وإن نقصت العين والقيمة ضمنها
معاً كالزيت إذا غلاه، وهكذا القول في كل ما تصرف فيه مثل نقرة ضربها دراهم أو حلياً أو طيناً جعله
لبناً أو غزلاً نسجه أو ثوباً قصره، وإن جعل فيه شيئاً من عين ماله مثل أن يسمي الرفوف بمسامير من

الناصب لسمن أو تعلم صنعة مثل ما إذا غصب عبداً أو أمانة وقيمتها مائة فزاد بتعليمه أو في بدنه حتى صارت
قيمتها مائتين ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة لزمه ردده ويأخذ من الناصب مائة
وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة ومالك لا يجب عليه عوض الزيادة إلا أن يطالب بردها زائدة فلا يرددها
لأنه رد العين كما أخذها فلم يضمن نقص قيمتها كنفق سعرها، وذكر ابن أبي موسى في الإرشاد رواية
أن المنصوب إذا زادت قيمته بسمن أو تعلم صنعة ثم نقصت بزوال ذلك فلا ضمان عليه إذا رده بينه

ولنا أنها زيادة في نفس المنصوب فلزم الناصب ضمانها كما لو طالبه بردها فلم يفعل ولأنها زادت على
ملك المنصوب منه فلزمه ضمانها كما لو كانت موجودة حال الغصب، وفارق زيادة السعر لأنها لو كانت موجودة
حال الغصب لم يضمنها والصناعة إن لم تكن من عين المنصوب فهي صفة فيه ولذلك يضمنها إذا طوّل
برد العين وهي موجودة فلم يرددها، وأجربنا ما هي والتعليم بحري السمن الذي هو عين لأنها صفة تتبع
العين، وأجربنا الزيادة الحادثة في يد الناصب بحري الزيادة الموجودة حال الغصب لأنها زيادة في العين المملوكة
للمنصوب منه فتكون مملوكة له لأنها تابعة للعين، فاما أن غصب العين سميعة أو ذات صناعة فهزلت أو
نسبت فنقصت قيمتها فعليها ضمان نقصها لنعلم فيه خلافاً لأنها نقصت عن حال غصبها نقصاً أثر في قيمتها
فوجب ضمانها كالذهب بعض أعضائها

(فصل) إذا غصبها وقيمتها مائة فسمنت فبلفت قيمتها ألفاً ثم قلمت صناعة فبلفت الفين ثم هزلت ونسبت

عنده فله قلمها ويضمن ما نقصت الرفوف وإن كانت السامير من الخشب المنصوبة أو مال المنصوب منه فلا شيء للناصب وليس له قلمها إلا أن يأمره المالك بذلك فيلزمه وإن كانت السامير للناصب فوهبها للمالك فهل يجبر على قبول الهبة ؟ على وجهين ، وإن استأجر الناصب على عمل شيء من هذا الذي ذكرناه قالوا جبر عليه والحكم في زيادته ونقصه كما لو ولي ذلك بنفسه إلا أن المالك أن يضمن النقص من شاء منها فلو استأجر قصاباً فذبح شاة فللمالك أخذها وارش نقصها ويفرم من شاء منها فإن غرم الناصب لم يرجع على أحد إذا لم يعلم القصاب الحال وإن ضمن القصاب رجوع على الناصب لأنه غره وإن علم القصاب أنها منصوبة ففرمه لم يرجع على أحد لأنه أتاف مال غيره بغير إذنه طالما بالحال وإن ضمن الناصب رجوع على القصاب لأن التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه ، وإن استعار من ذبح له فهو كما لو استأجره .

(فصل) وإن غصب جباراً فزرعه فصار زرعاً أو نوى فصار شجراً أو يضا فحضره ففقدناه فخرناه فهو المنصوب منه لأنه عين ماله نوى فأشبه ما تقدم ، ويتخرج أن يملكه الناصب بناء على الرواية المذكورة في الفصل السابق ، وإن غصب دجاجة فباضت عنده ثم حضنت يضا فصار فراخاً فهو للكاهن ولا شيء للناصب في علفها قال أحمد في طيرة جاءت إلى دار قوم فأفرخت عندهم برد فروخها إلى أصحاب الطيرة ولا شيء للناصب فيما عمل ، وإن غصب شاة فأزى عليها فخلا فالولد لصاحب الشاة لأنه من ثمنائها وإن غصب فخلا فازراه على شاته فالولد لصاحب الشاة لأنه يتبع الام ولا أجر له لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن عصب الفعل وإن نقصه الضراب ضر نقصه

فعادت إلى مائة ردها ورد انفا وثمانمائة لأنها نقصت بالهزال تسعمائة وبالنسيان تسعمائة وإن سمئت قبلت الفا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم علمت فعادت إلى ألف ردها وتسعمائة لأن زوال الزيادة الأولى أوجب الضمان ثم حدثت زيادة أخرى من وجه آخر على ملك المنصوب منه فلا يجبر ملك الإنسان بملكه (مسئلة) (فإن عاد مثل الزيادة الأولى من جنسها مثل أن كانت قيمتها مائة فسمئت قبلت الفا ثم هزلت فعادت إلى مائة ثم سمئت فعادت إلى ألف ففيه وجهان) (أحدهما) يردّها زائدة ويضمن نقص الزيادة الأولى كما لو كانا من جنسين لأن الزيادة الثانية غير الأولى ، فعلى هذا أن هزلت مرة ثانية فعادت إلى مائة ضمن النقصين بألف وثمانمائة (والثاني) إذا ردها سمينة فلا شيء عليه لأن ما ذهب عاد ففيه كما لو مرضت فنقصت ثم برئت فعادت القيمة أو نسيت صناعة ثم علمتها أو أبق عبد ثم عاد وفارق ما إذا زادت من جهة أخرى لأنه لم يعد ما ذهب وهذا الوجه أقيس لما ذكرنا من الشواهد فعلى هذا لو سمئت بعد الهزال ولم تبلغ قيمتها إلى ما بلغت بالسمن الأولى أو زادت عليه ضمن أكثر الزيادتين وتدخل فيها الأخرى وعلى الوجه الأول يضمنها جميعاً ، فأما أن زادت بالتعليم أو الصناعة ثم نسيت ثم علمت ما نسيتها فعادت القيمة الأولى لم يضمن النقص الأول لأن العلم الثاني هو الأول فقد

(فصل) وان غصب دنانير أو دراهم من رجل وخلطها بمثلها لا آخر فلم يتميزا صار اثر يدين وقال أبو حنيفة يملكها الغاصب وعليه غرامة مثاتها لها وان خلطها بمثلها من ماله ملكها لانه تمذر تسليمها بعينها فأشبهه مالهو تلفت .

ولنا أنه فعل في المنصوب على وجه التعدي لم يذهب بماله فلم يزل ملك صاحبه عنه كذبح الشاة .
(فصل) وان غصب عبداً فصاد صيداً أو كسب شيئاً فهو لسيده وإن غصب جارحاً كالقهرق والبازي فصاد به فالصيد للمالك لانه من كسب ماله فأشبهه صيد العبد ومحمّل أنه للغاصب لانه الهائد والجارحة آلة له ولهذا يكتفى بتسميته عند ارساله الجارح ، وان غصب قوساً أو سهماً أو شبكة فصاد به ففيه وجهان (أحدهما) أنه لصاحب القوس والسهم والشبكة لانه حاصل به فأشبهه بماء ملكه وكسب عبده (والثاني) للغاصب لان الصيد حصل بفعله وهذه آلات فأشبهه مالهو ذبح بسكين غيره فان قلنا هو للغاصب فعليه أجر ذلك كله مدة مقامه في يديه إن كان له أجر وإن قلنا هو للمالك لم يكن له أجر في مدة اصطياده في أحد الوجهين لان الاجر في مقابلة منافع ومنافعه في هذه المدة مائدة إلى مالكه فلم يستحق عوضاً على غيره كالمالو زرع أرض إنسان فأخذ المالك الزرع بثمنه والثاني عليه أجر مثله لانه استوفى منافعه أشبهه مالهو لم يصد شيئاً

داد ما ذهب ، وان تملك علماً آخر أو صناعة أخرى فهو كمود السمن فيه وجهان ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، وقال أبو الخطاب متى زادت ثم نقصت ثم زادت مثل الزيادة الاولى ففي ذلك وجهان سواء كانا من جنس كالسمن مرتين أو من جنسين كالسمن والتعلم والاول أولى

(مسألة) (وان كانت من غير جنس الاولى لم يسقط ضمانها) وقد ذكرناه في المسئلة قبلها
(مسألة) (وان غصب عبداً مفرطاً في السمن فهزل فزادت قيمته أو لم ينقص رده ولا شيء عليه) لان الشرع انما أوجب في هذا ما نقص من القيمة ولم يقدر بدله ولم تنقص الزينة فلم يجب شيء
(فصل) فان نقصت عين المنصوب دون قيمته لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يكون الذاهب بمقدور البدل كمبد خصاء وزيت أغلاه ونقرة ضربها دراهم فنقصت عينها دون قيمتها فانه يجب ضمان النقص فيضمن العبد بقيمته ونقص الزيت والنقرة بمثلها مع رد الباقي منها لان الناقص من العين له بدل بمقدور فلزم ما يقدر به كما لو اذهب الكل (الثاني) أن لا يكون مقدراً كزال العبد اذا لم تنقص قيمته وقد ذكرناه (الثالث) ان يكون النقص بمقدور البدل لكن الذاهب منه اجزاء غير مقصودة كمصير اغلاه فذهبت مائته وانعدت اجزائه فنقصت عينه دون قيمته فلا شيء فيه في أحد الوجهين سوى رده لان النار انما اذهبت مائته التي يقصد اذهاها ولهذا زداد حلاوته وتكثرت قيمته فهو كسمن العبد الذي لا تنقص به قيمته اذا ذهب (والثاني) يجب ضمانه لانه مقدور البدل فأشبهه الزيت اذا اغلاه . وان نقصت العين والقيمة جميعا وجب في الزيت وشبهه ضمان النقصين جميعا لان كل واحد منهما مضموناً منفرداً فكذلك اذا اجتمعا

(مسألة) قال (ومن غصب جارية فوطئها وأولدها لزمه الحد وأخذها سبياً دأوا رلادها

ومهر ثلثها)

وجملة ذلك أن الفاضل إذا وطئ الجارية المنصوبة فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك بين فان كان مالماً بالتحريم فعليه حد الزنا لانه لا ملك له ولا شبهة ملك، وعليه مهر مثام سواء كانت مكرهة أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لان النبي ﷺ نهى عن مهر البغي. ولنا أن هذا حق للسيد فلا يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولانه حق يجب للسيد مع كراهها فيجب مع مطاوعتها كأجر منافعتها والخبر محمول على الحرية، ويجب ارش بكارها لانه بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لان مهر البكر يدخل فيه ارش البكارة ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تفويت البكارة، وإن حملت فالولد مملوك لسيدها لانه من ثمنها وأجزائها ولا يلحق نسبه بالواطئ لانه من زنا فان وضعت حياً وجب رده معها وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لانتا لان لم حياته قبل هذا (١) هذا قول القاضي وهو الظاهر من مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمنه لو سقط بضربته وما ضمن بالاتلاف ضمنه الفاضل بالتلف في يده كاجر العين والاولى ان شاء الله تعالى أن يضمنه بمشتر قيمة أمه لانه الذي يضمنه به بالجناية فيضمنه به في التلف كالأجزاء، وإن

(١) من هنا الى قوله وان وضعت حياً — زيادة من بعض النسخ

وذلك مثل رطل زيت قيمته درهم فأغلاه فنقص ثلثه وصار قيمة الباقي نصف درهم فعليه ثلث رطل وسدس درهم وان كان قيمة الباقي ثلثي درهم فليس عليه أكثر من ثلث رطل لان قيمة الباقي لم تنقص وان خصى البند فنقصت قيمته فليس عليه أكثر من ضمان خصييه لان ذلك بمنزلة ما لو فقا عينه

(مسألة) (وان نقص المنصوب نقصاً غير مستقر كحنطة ابتلت وعفنت وخشي فسادها فعليه ضمان نقصه) وقال القاضي عليه بدله لانه لا يعلم قدر نقصه وهذا منصوص الشافعي وله قول آخر أنه يضمن نقصه وكلما نقص شيء ضمنه لانه يستند الى السبب الموجود في يد الفاضل فكان كالموجود في يده وقال أبو الخطاب بتخير صاحبه بين أخذ بدله وبين تركه حتى يستقر فسادهم ويأخذ ارش نقصه وهو الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح، وقال أبو حنيفة بتخير بين أخذه ولا شيء له أو تسليمه الى الفاضل ويأخذ قيمته لانه لو ضمن النقص مع أخذه لحصل له مثل كيده وزيادة وهذا لا يجوز كما لو باع قفيزاً جيداً بغير ردي

ولنا أن عين ماله باقية وإنما حدث فيه نقص فوجب فيه ما نقص كما لو كان عبداً فرض، وقد وافق بعض أصحاب الشافعي على هذا في العفن وقال يضمن ما نقص قولاً واحداً ولا يضمن ما تولد فيه لانه ليس من فعله وهذا الفرق لا يصح لان البطل قد يكون من غير فعله أيضاً وقد يكون العفن بسبب منه ثم ان ما وجد في يد الفاضل فهو مضمون عليه لوجوده في يده فلا فرق وقول أبي حنيفة لا يصح

وضعت خياحصل مضموناً في يد الفاصب كلاً م فان مات بعد ذلك ضمنه بقيته وان نقصت الام بالولادة ضمن نقصها ولم يجبر بالولد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجبر نقصها بولدها

ولنا أن ولدها ملك للمفصوب منه فلا يجبر به نقص حصل بجناية الفاصب كالتقص الحاصل بفجر الولادة، وان ضرب الفاصب بطنها فالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه، وان ضرب بطنها اجنبي فقيه مثل ذلك، وللمالك تضمين أيها شاء فان ضمن الفاصب رجم على الضارب وان ضمن الضارب لم يرجع على أحد لان الاتلاف وجد منه فاستقر الضمان عليه، وان ماتت الجارية فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك ارش بكرتها ونقص ولادتها، ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها، وسواء في هذه الاحكام كلها حالة الاكراه أو المطاوعة لاسيما حقوق لسيدها فلا تسقط بمطاوعتها وأما حقوق الله تعالى كالحلد عليها والتميز في موضع يجب فان كانت مطاوعة على الوطه عالمة بالتحريم فعليها الحلد اذا كانت من أهله والاثم والا فلا

(فصل) وان كان الفاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً ببادية بعيدة بخفى عليه مثل هذا فاعتقد حل وطئها أو اعتقد أنها جاريته فأخذها ثم تبين أنها غيرها فلا حد عليه لان الحلد يدرأ بالشبهات وعليه المهر وارش البكارة، وان حملت فالولد حر لاعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لموضع الشبهة وإن وضعت ميتاً لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحمل بينه وبينه وانما وجب تقويمه لاجل

لان الطعام عين ماله وليس يدل عنه وقال شيخنا: وقول أبي الخطاب لا بأس به والله أعلم

(مسألة) (وان جنى المفصوب فعليه ارش جنايته سواء جنى على سيده أو غيره)

اذا جنى العبد المفصوب لجنايته مضمونة على الفاصب لانه نقص في العبد الجاني لكون الجناية تتعلق برقبته فكان مضموناً على الفاصب كسائر نقصه وسواء في ذلك ما يوجب التقصص أو المال ولا يلزمه أكثر من النقص الذي لحق العبد وكذلك ان جنى على سيده لأنها من جملة جناياته فكان مضموناً كالجناية على الاجنبي

(فصل) ويضمن بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنايته كما يفديه سيده ، وان جنى على ما دون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الفاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لأن اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت ، وان عني عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الفاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد ، فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الفاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجناية بها لاسيما كانت متعلقة بالعبد فتعلقت بيده كما أن الرهن اذا أتلفه متلف وجبت قيمته وتعلق الرهن بها ، فاذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجم المالك على الفاصب بقيته مرة أخرى لان القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الفاصب فكان من ضمانه ، ولو كان العبد وديعة فجنى جناية استقرت قيمته ثم ان المودع قتله بعد ما

الحيلولة وان وضعته حياً فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حلاً فقوم عليه اول حال انفصاله لانه اول حال امكان تقويمه ولان ذلك وقت الحيلولة بينه وبين سيده، وان ضرب الغاصب بطنها فألقت جنيناً ميتاً فعليه غرة عبد او امة قيمتها خمس من الابل موروثه عنه لا يرث الضارب منها شيئاً لانه اتلف جنيناً حراً وعليه للسيد عشر قيمة امه لان الاسقاط لما اعتقب الضرب فالظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعته حياً قومناه مملوكا، وان كان الضارب اجنبياً فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثه عنه وعلى الغاصب للسيد عشر قيمة امه لانه ضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل اتلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها على ماضى اذا كانا عاقلين لان هذه حقوق الآدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) قال (وان كان الغاصب باعها فوطئها المشتري وأولدها وهو لا يعلم ردت الجارية الى سيدها ومهر مثلها وفدى أولاده بمثلهم وهم أحرار، ورجع بذلك كله على الغاصب) وجملة ذلك أن الغاصب اذا باع الجارية فبيعه فاسد لانه يبيع مال غيره بغير اذنه، وفيه رواية أخرى انه يصح ويقف على اجازة المالك وقد ذكرنا ذلك في البيع، وفيه رواية ثالثة ان البيع يصح

فعليه قيمته وتعلق بها ارش الجناية فاذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى العبد في يد سيده جناية تستغرق قيمته بيع في الجنيتين وقسم منه بينهما ورجع صاحب العبد على الغاصب بما أخذه الثاني منها لان الجناية كانت في يده وكان للمجنى عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لان الذي يأخذه المالك من الغاصب هو عوض ما أخذ المجني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الاول لانه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه، وان مات هذا العبد في يد الغاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الغاصب بنصف القيمة لانه ضامن للجناية الثانية ويكون للمجنى عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرنا

(مسئلة) (وجنائه على الغاصب وعلى ماله هدر) لانه اذا جنى على أجنبي وجب ارشه على الغاصب فلو وجب له شيء لوجب على نفسه فكان هدرا

(مسئلة) (ويضمن زوائد الفصب كالولد والثمرة اذا تلفت أو نقصت كالاصل سواء كان منفرداً أو مع أصله مثل ثمرة الشجر وولدا الحيوان)

وهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة وبالك لا يجب ضمان زوائد الفصب الا أن يطالب بها فيمنع من أدائها لأنها غير منصوبة فلا يجب ضمانها كالوديعة ودليل عدم الفصب أنه فعل محرم، بثبوت يده على هذه الزوائد واثبات يده على الام محظور لا يصح لانه باسالة الام تسبب الى اثبات يده

وينفذ لان النصب في الظاهر تتناول مدته فلو لم يصح تصرف الناصب أفضى الى الضرر بالمالك والمشتري لان المالك لا يملك ثمنها والمشتري لا يملكها والتفريع على الرواية الاولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الناصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الناصب فانه لا يقبل منه الا بشرط ذكرناه، ويجب رد الجارية الى سيدها وللمالك مطالبة أيها شاء بردها لان الناصب أخذها بغير حق وقد قال النبي ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه) وللمشتري أخذ مال غيره بغير حق أيضاً فيدخل في عموم الخبر ولان مال غيره في يده وهذا لا خلاف فيه بحمد الله تعالى ويلزم المشتري المهر لانه ووطء جارية غيره بغير نكاح وعليه ارش البكارة ونقص الولادة وإن ولدت منه فالولد حر لا اعتقاده انه يطاء مملوكته فمنع ذلك انحلاق الولد رقيقاً ويلحقه نسبه وعليه فداؤهم لانه فوت رفقهم على سيدهم باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح في المذهب وعليه الاصحاب وقد نقل ابن منصور عن احمد ان المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلم لأنهم كانوا في حال العلق أحراراً ولم يكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لأنني عبد الله أول والذي أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم بدلم يوم الوضع وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوبة لا يضمنه عند إلا بالنسب وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب، وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضموناً فيقوم يوم وضعه لانه أول حال أمكن

(مسئلة) (فان خلط المنصوب بماله على وجه لا يتميز منه مثل أن خلط خنطة أوزيتا بمثله لزمه مثله منه في أحد الوجهين وفي الآخر يلزمه مثله من حيث شاء)

اذا خلط المنصوب بماله بحيث لا يتميز منه كزيت بزيت أو دقيق بمثل أو دراهم أودنانير بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لانه لا يصح على ان يكون شريكه اذا خلطه بغير جنسه فيكون تنبيها على ما اذا خلطه بجنسه وهو قول بعض الشافعية الا في الدقيق فانه يجب قيمته لانه عندهم ليس بمثل وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله من حيث شاء الناصب لانه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط أشبه ما لو تلف لانه لا يتميز له شيء من ماله

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله اليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل الى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف بعضه وذلك لانه إذا دفع اليه منه فقد دفع اليه بعض ماله وبذل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره

(مسئلة) (وان خلطه بدونه أو خير منه أو بغير جنسه فله مثله في قياس التي قبلها)

وظاهر كلام أحمد أنها شريكان بقدر ملكيهما فانه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطت يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك أننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما بدل عين ماله، وان نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب

تقويمه واختلف أصحابنا فيما يقدم به فنقل الخرقى ههنا أن يقدم بمثلهم والظاهر أنه أراد بمثلهم في السن والصفات والجنس والذكورية والانوثية وقد نص عليه أحمد، وقال أبو بكر عبد العزيز يقدم بمثلهم في القيمة، وعن أحمد رواية ثالثة أنه يقدم بقيمتهم وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو أصح أن شاء الله تعالى لأن الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كذاثر المتقومات ولأنه لو أتلغه ضمنه بقيمته وقد ذكرنا وجه هذه الأقوال في غير هذا الموضع. وقول الخرقى رجم بذلك كله على الفاسب يعني بالمهر وما فدى به الأولاد لأن المشتري دخل على أن يسلم له الأولاد وأن يتمكن من الوطء بغير عوض فإذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فرجع به عليه فأما الجارية إذا ردها لم يرجع بيدها لأنها ملك المنصوب منه رجعت إليه لكنه يرجع على الفاسب بالثمن الذي أخذه منه، وإن كانت قد أقامت عنده مدة مثلها أجز في تلك المدة فعليه أجرها، وإن اغتصبها بكرأ فعليه ارش بكارتها وإن نقصها الولادة أو غيرها فعليه ارش نقصها، وإن تلفت في يده فعليه قيمتها. وكل ضمان يجب على المشتري فله المنصوب منه أن يرجع به على من شاء منها لأن يد الفاسب سبب يد المشتري، وما وجب على الفاسب من أجر المدة التي كانت في يده أو نقص حدث عنده فإنه يرجع به على الفاسب وحده لأن ذلك كان قبل يد المشتري، فإذا طالب المالك المشتري بما وجب في يده وأخذه منه فأراد المشتري الرجوع به على الفاسب نظرت فإن كان المشتري حين الشراء علم أنها غير منصوبة لم يرجع بشيء لأن موجب الضمان وجد في يده

ضمان النقص لأنه حصل بفعله، وقال القاضي قياس المذهب أن يلزم الفاسب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكا ولذلك لو اشترى زيتاً خلطه بزيت ثم أنفلس صار البائتم كبعض الثمراء لأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان نالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب. أما المنصوب فقد وجد من الفاسب ما منع المالك أخذ حقه من المثليات متميزاً فلزمه مثله كما لو أتلغه.

(فصل) إلا أنه إذا خلطه بخير منه وبذل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي، وإن خلطه بأدنى منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الفاسب بذله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الفاسب ذلك لأن حقه انتقل إلى الذمة فلم يجبر على عين ماله، وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لأنه إن كان دون حقه من الرديء أو دون حقه من الحيد لم يجز لأنه ربما لكونه يأخذ الزيادة في القدر عوضاً عن لجودة وإن كان بالمعكس فرضي بأخذ دون حقه من الرديء أو سمح الفاسب بدفع أكثر من حقه من الحيد جاز لأنه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد، وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لأنه بذله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها

(فصل) وإن خلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه ماء فإن أمكن تخليصه خلاصه وردده

من غير تقرير، وان لم يعلم فذلك على ثلاثة أضرب : ضرب لا يرجع به وهو قيمته - إن تلفت في يده وارش بكارها وبدل جزء من أجزائها لانه دخل مع البائع على أنه يكون ضامناً لذلك بالثمن فإذا ضمنه لم يرجع به ، وضرب يرجع به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضموناً عليه ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرع أتلفه بحكم بيع الفاصب منه وكذلك نقص الولادة ، وضرب اختلف فيه وهو مهر مثلها وأجر نفقها فهل يرجع به على الفاصب ؟ فيه روايتان (احدهما) يرجع به وهو قول الحزقي لانه دخل في العقد على أن يتلفه بغير عوض فإذا غرم عوضه رجح به كبذل الولد ونقص الولادة وهذا أحد قولي الشافعي .

(والثانية) لا يرجع به وهو اختيار أبي بكر وقول أبي حنيفة لأنه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع به كقيمة الجارية وبدل أجزائها وهذا القول الثاني للشافعي وان رجح بذلك كله على الفاصب . فكل مالو رجح به على المشتري لا يرجع به على الفاصب اذا رجح به على الفاصب رجح به الفاصب على المشتري ، وكل مالو رجح به على المشتري رجح به المشتري على الفاصب إذا غرمه الفاصب لم يرجع به على المشتري ، وفي ردها حاملاً فانت من الوضع قلتم مضمونة على الواطية لان التلق بسبب من جهته

(فصل) ومن استكره امرأة على الزنا فعليه الحد دونها لانها معذورة وعليه مهرها حرة كانت أو أمة فان كانت حرة كان المهر لها وان كانت أمة كان لسيدها وبه قال مالك والشافعي ، وقال أبو حنيفة

ورد نقسه وان لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده لزمه مثله لانه صار كالحالك وان كان يفسده رده ورد نقسه وان احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الفاصب ذلك لانه سبيه ولأصحاب الشافعي في هذه الفصول نحو ما ذكرنا .

(مسألة) (وان غصب ثوباً فصبغه أو سويقاً قلته بزيت وكان الصبغ والزيت من مال الفاصب فان نقصت قيمتهما أو قيمة أحدهما ضمن الفاصب النقص)

لانه بتعديبه الا أن ينقص لتغير الاسعار فلا يضمن لما ذكرنا من قبل

(مسألة) (وان لم تنقص ولم تزد مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرة فما شرب كان)

لان الصبغ والزيت عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فثمنه بينهما نصفين

(مسألة) (وإن زادت قيمتهما مثل أن كانت قيمة كل واحد منها خمسة فصارت قيمتهما عشرين فان كان ذلك لزيادة الثياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وان كانت لزيادة الصبغ فهي لصاحب الصبغ وان كانت لزيادتهما معاً فهي بينهما على قدر زيادة كل واحد منهما) فان تساوا في الزيادة في السوق تساوا صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك ، وان زاد العمل فالزيادة بينهما لان عمل الفاصب زاد به في الثوب والصبغ وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثراً وزيادة مال الفاصب له

لا يجب المهر لانه وطء يتعاق به وجوب الحد فلم يجب به المهر كما لو طأعته . ولنا أنه وطء في غير ملك سقط فيه الحد من الموطوءة فإذا كان الواطيء من أهل الضمان في وقتها وجب عليه مهرها كما لو وطئها بشبهة، وأما المطاوعة فإن كانت أمة وجب مهرها لانه حق لسيدها فلا يسقط برضاها وإن كانت حرة لم يجب لها المهر لأن رضاها اقترن بالسبب الموجب فلم يوجب كما لو أذنت في قطع يدها أو أنالاف جزء منها، وروى عن أحمد رواية أخرى أن الثيب لا مهر لها وإن أكرهت نقلها ابن منصور وهو اختيار أبي بكر، والصحيح الأول لأنها مكرهة على الوطء الحرام فوجب لها المهر كالبركر ويجب إرث البكرة مع المهر كما لو قدمنا

(فصل) إذا أجز الناصب المنصوب فالأجارة باطلة على إحدى الروايات كالبيع ولما كانه ضمنين إيهما شاء أجز مثلها فإن ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لأنه دخل في العقد على أنه ضمن الثمن إلا أن يزيد أجز المثل على المسمى في العقد فيرجع بالزيادة ويسقط عنه المسمى في العقد، وإن كان دفعه إلى الناصب رجع به، وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لهما تنجيم من شاء منها قيمتها فإن غرم المستأجر فله الرجوع بذلك على الناصب لانه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل له بدل في مقابلة ما غرم، هذا إذا لم يعلم بالنصب وإن علم لم يرجع على أحد لانه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن غرم الناصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر على كل حال ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر عالماً بالنصب والا فلا وهذا قول الشافعي ومحمد

(مسئلة) (وان أراد أحدهما قلع الصبغ لم يجبر الآخر عليه ويحتمل أن يجبر إذا ضمن له الناصب النقص) إذا أراد الناصب قلع الصبغ فقال أصحابنا له ذلك سواء أضر بالتوب أو لم يضر وبضمن نقص الثوب أن نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كما لو غرس في أرض غيره، ولم يفرق أصحابنا بين ما يملك صبغه بالقلع وبين ما لا يملك قال شيخنا وينبغي أن ما يملك بالقلع لا يملك قلمه لانه سفه وظاهر كلام الحنفي أنه لا يملك قلمه إذا تضرر به الثوب لانه قال في المشتري إذا بئى أو غرس في الأرض المشفوعة فله أخذه إذا لم يكن في أخذه ضرر، وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لأن فيه أضراراً بالتوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه، وفارق قلع الثمر لأن الضرر قليل ويحصل به نفع قلع العروق من الأرض وإن اختار المنصوب منه قلع الصبغ فقيه وجهان (أحدهما) يملك إيجاب الناصب عليه كما يملك إيجابه على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل ملكه بملكه على وجه أمكن تخليصه فلم يملك تخليصه وإن استضر الناصب كقطع الشجر وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجز القلع كما يضمن ذلك في الأرض (والثاني) لا يملك إيجابه عليه ولا يمكن من قلمه لأن الصبغ يملك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق إلى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلمه كقلم الزرع من الأرض، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول

ابن الحسن في الفصل كلة، وحكي عن أبي حنيفة أن الاجر للفاصل دون صاحب الدار وهذا فاسد لان الاجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الفاصل كموض الاجزاء

(فصل) وإن أودع المنصوب أو وكل رجلا في بيعه ودفعه اليه فتاف في يده فللمالك تضمين أيهما شاء أما الفاصل فلانه حال بين المالك وبين ملكه وأثبت اليد العادية عليه والمستودع والوكيل لأبائهما أيديهما على ملك معصوم بغير حق ، فان غرم الفاصل وكانا غير طالين بالنصب استقر الضمان عليه ولم يرجع على أحد وان غرما رجلا على الفاصل بما غرما من القيمة والاجر لأنها دخلا على أن لا يضمننا شيئا من ذلك ولم يحصل لهما بدل عما ضمننا وإن علم أنها منصوبة استقر الضمان لان التلف حصل تحت أيديهما من غير تقريرهما فاستقر الضمان عليهما فان غرما شيئا لم يرجع به وإن غرم الفاصل رجما عليها لان التلف حصل في أيديهما، وإن جرحها الفاصل ثم أودعها أودعها الى مالكتها فتلفت بالجرح أو تقرر الضمان على الفاصل بكل حال لانه هو المتألف فكان الضمان عليه كما لو بائرها بالائلاف في يده

(فصل) وإن أمار العين المنصوبة فتلفت عند المستعير فللمالك تضمين أيهما شاء أجزاها وقبضتها فان غرم المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على أحد وإن غرم الفاصل رجما على المستعير وإن لم يكن علم بالنصب فغرمه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضا على أن تكون مضمونة عليه ، وهل يرجع بما غرم من

أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع ارضه في الحال بخلاف الصبغ فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجرة في الارض ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلع ما يتلف وما لا يتلف ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين .

(فصل) وان بذل رب الثوب قيمة الصبغ للفاصل ليملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياسا على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والمارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الفاصل ولانه أمر رقيق به النزاع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فاجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الفاصل قيمة الثوب لصاحبه ليملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفرس قيمة الارض للمالك في هذه المواضع

(مسئلة) (وان وهب الفاصل الصبغ للمالك أو وهبه تزويق الدار ونحوها فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين) (أحدهما) يلزمه لان الصبغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسمى فيه وهذا ظاهر كلام الحنفي لانه قال في الصداق اذا كان ثوبا فصبيغته فبذلت له نصفه مضبوغا لزمه قبوله (والثاني) لا يجبر لانها أعيان متميزة فأشبهت الفراس ، وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الفاصل فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الفاصل منه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الفاصل بيعه لم يجبر المالك

الاجر؟ فيه وجهان (أحدهما) يرجع لأنه دخل على أن المنافع له غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع لأنه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم، وكذلك الحكم فيما تلف من الأجزاء بالاستعمال، وإذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلف فضمن إلا كثر فينبغي أن يرجع بما بين القيتين لأنه دخل على أنه لا يضمنه ولم يستوف بدله، فإن ردها المستعير على الفاضل فللمالك أن يضمنه أيضاً لأنه فوت الملك على مالكه بتسليمه إلى غير مستحقه، ويستقر الضمان على الفاضل أن حصل التلف في يديه وكذلك الحكم في المودع وغيره .

(فصل) وإن وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان على المنتهب فمما غرم من قيمة العين أو أجزائها لم يرجع به على أحد لأن التلف حصل في يديه ولم يفره أحد وكذلك آخر مدة مقامه في يديه وارش نقص أن حصل، وإن لم يعلم فلصاحبها تضمين أيها شاء فإن ضمن المنتهب رجع على الواهب بقيمة العين والأجزاء لأنه غره وقال أبو حنيفة أيها ضمن لم يرجع على الآخر ولنا أن المنتهب دخل على أن تسلم له العين فيجب أن يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الأولاد فإنه وافقنا على الرجوع بضمانه، فاما الأجرة والمهر وارش البكارة فهل يرجع به المنتهب على الواهب؟ فيه وجهان، وإن ضمنه الواهب فهل يرجع به على المنتهب؟ فيه وجهان .

(فصل) وتصرفات الفاضل كتصرفات الفضولي على ما ذكرنا من الروايتين (أحدهما) بطلانها

على بيعه لأنه منه فلم يستحق إزالة ملك صاحب الثوب عنه بمداونه ويحتمل أن يجبر ليصل الفاضل إلى ثمن صبغه .

(مسئلة) (وإن غصب صبغاً فصبغ به ثوباً أو زيتاً قلت به سويقاً احتمل أن يكون كذلك كما إذا غصب ثوباً فصبغه حككه كحككه إذا كان الثوب والسويق للفاضل لأنه خلط المنصوب بماله ويحتمل أن يلزمه قيمته أو مثله إن كان مثلياً لأن المنصوب الصبغ وقد تفرق في الثوب وتلف بخلاف المسئلة المتقدمة .

(مسئلة) (وإن غصب ثوباً وصبغاً فصبغه به رده وأرش نقصه ولا شيء في زيادته) إذا غصب ثوباً وصبغاً من واحد فصبغه به فلم تزد قيمتها ولم تنقص أو زادت القيمة ردها ولا شيء عليه وليس للفاضل شيء في الزيادة لأنه إنما له في الصبغ أثر لا عين وإن نقص لزمه ضمان النقص لأنه يمتد به إلا أن ينقص لتغير الأسماء

(فصل) وإن غصب ثوب رجل وصبغ آخر فصبغه به فإن كانت القيمتان بمالهما فما نرى مكان بقدر ما لهما وإن زادت فالزيادة لها وإن نقصت بالصبغ فالضمان على الفاضل ويكون النقص من صاحب الصبغ لأنه تبدد في الثوب ويرجع بها على الفاضل، وإن نقص سعر الثياب أو الصبغ أو نقص سعرها لم يضمنه الفاضل وكان نقص كل واحد منهما من صاحبه، وإن أراد صاحب الصبغ قلعه أو أراد

(والثانية) صحتها ووقوفها على اجازة المالك، وذكر أبو الخطاب أن في تصرفات الغاصب الحكيمة رواية أنها تقع صحيحة وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج أو العقود كالبيع والإجارة والنكاح، وهذا ينبغي أن يتقيد في العقود بما لم يبطله المالك فأما ما احتار المالك إبطاله وأخذ المعقود عليه فلم نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه أن الغاصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فإن الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض بآثمه وزيادته له والحكم ببطلانه يمنع ذلك .

(فصل) وإذا غصب أماناً فاتجر بها أو عروضاً فباعها واتجر بتمها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب إن كان الشراء بين المال فالربح للمالك قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به، وإن اشترى في ذمته ثم نقد الأمان فقال أبو الخطاب يحتمل أن يكون الربح للغاصب وهو قول أبي حنيفة والشافعي في أحد قوليه لأنه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحزقي ويحتمل أن يكون الربح للمنصوب منه لأنه نماء ملكه فكان له كما لو اشترى بين المال وهذا ظاهر المذهب، وإن حصل خسران فهو على الغاصب لأنه نقص حصل في المنصوب، وإن دفع المال إلى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لأنه لم يأذن له في العمل في ماله، وأما الغاصب فإن

فلك صاحب الثوب فالحكم فيه كما لو صبغه الغاصب بصيغ من غده على مامر بيانه والحكم فيما إذا غصب سويقاً فقلته زيتاً أو عسلاً ونشأ فمقده حلواء حكم ما لو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه (فصل) (وإن وطئ الجارية فمليه الحد والمهر وأرش البكارة) إذا غصب جارية فوطئها فهو زان لأنها ليست زوجته ولا ملك يمين وعليه حد الزنا إن كانت طالسا بالتحريم وعليه مهر مثلاً مكرهة كانت أو مطاوعة وقال الشافعي لا مهر للمطاوعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن مهر البهي :

ولنا إن المهر حق للسيد فلم يسقط بمطاوعتها كما لو أذنت في قطع يدها ولأنه حق للسيد يجب مع الإكراه فيجب مع المطاوعة كأجر منافمها والخبر محمول على الحرية، ويجب أرش بكارتها لأنها بدل جزء منها ويحتمل أن لا يجب لأنه يدخل في مهر البكر ولهذا يزيد على مهر الثيب عادة لاجل ما يتضمنه من تقويت البكارة ووجه الأول أن كل واحد منهما يضمن منفرداً بدليل أنه لو وطئها ثيباً وجب مهرها وإذا أفضاها بإسبغها وجب أرش بكارتها فكذلك وجب أن يضمنها إذا اجتمعا وعنه لا يلزمه مهر الثيب لأنه لم ينقصها ولم يؤلمها أشبه ما لو قبها والاول أولى

(مسئلة) (وإن ولدت فالولد رقيق للسيد لأنه من نملائها وأجزائها ولا يلحق نسبها بالواطيء لأنه من زنا وإن وضعت حياً وجب رده معها كزوائد الغصب وإن أسقطته ميتاً لم يضمن لانا لا نعلم

كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لانه متعدد بالعمل ولم يغره أحد وإن لم يعلم بالنصب فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بعوض لم يحصل له فليزمه أجره كالعقد الفاسد .

﴿ مسألة ﴾ قال (ومن غصب شيئاً ولم يقدر على رده لزمته الناصب القيمة فان قدر عليه رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئاً يعجز عن رده كعبد أبق أو دابة شردت فله المنصوب منه المطالبة ببذله وإذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المنصوبة بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يخير المالك بين الصبر إلى إمكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصور ملكاً للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها بقوله مع يمينه لأن المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمين فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت به زيت

ولنا أن المنصوب لا يصبح تملكه بالبيع فلا يصح بالتضمن كالتلف ولانه غرم ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مذبراً وليس هذا جعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لأجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا اذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه

حياته قبل هذا هذا ، قول القاضي وهو ظاهر مذهب الشافعي عند أصحابه وقال القاضي أبو الحسين يجب ضمانه بقيمته لو كان حياً نص عليه الشافعي لانه يضمه لو سقط بضربة وما يضمن بالتلاف يضمه الغاصب إذا تلف في يده كأجرة الأرض ، قال شيخنا والاولى ان شاء الله انه يضمه بمشر قيمة أمه لانه الذي يضمه به في الجنابة وان وضعته حياً ثم مات ضمنه بقيمته

﴿ مسألة ﴾ (ويضمن نقص الولادة ولا ينجر بزيادتها بالولد) وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة ينجر نقصها بولدها .

ولنا ان ولدها ملك المنصوب منه فلا ينجر به نقص حصل بجنابة الغاصب كالتقص الحاصل بفقر الولادة وان ضرب الغاصب بطنها فالقت الجنين ميتاً فعليه عشر قيمة أمه وان فعله أجنبي ففيه مثل ذلك وللمالك تضمين أيها شاء ويستقر الضمان على المضارب لان الاتلاف وجد منه ، وان ماتت الحارثة فعليه قيمتها أكثر ما كانت ويدخل في ذلك أرض بكرتها ونقص ولادتها ولا يدخل فيه ضمان ولدها ولا مهر مثلها ، ولا فرق في هذه الاحوال بين المكره والمطوعة لانها حقوق لسيدها ولا تسقط بمطاعتها وقد ذكرنا الخلاف في مهر المطوعة ، فاما حقوق الله تعالى من الحد والتعزير فان كانت مطوعة طالة بالتحريم فعليها الحد اذا كانت من أهله والا فلا

(فصل) فان كان الغاصب جاهلاً بتحريم ذلك لقرب عهده بالاسلام أو ناشئاً بيادية بعيدة بخفي (المغني والشرح الكبير) (٥٣) (الجزء الخامس)

الزيت لانه يجوز بيعه ولأن حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده أبداً. اذا ثبت هذا فانه متى قدر على المنصوب رده ونما المنفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله، وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع بدله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه كسائر ما عدا (والثاني) له أجر لأن العين باقية على ملكه والمنفعة له ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الناصب لانه أخذه بالحيولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة كالسمن ونحوه لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسخ ولا يلزم رد زيادته المنفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود بميب وان كان البديل تالفاً رد مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال.

(فصل) وان غصب عصيراً فصار خيراً فعليه مثل العصير لانه تلف في يديه فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصير ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي يرد الخل ولا يسترجع القيمة لان العصير تلف بتخميره فوجب ضمانه وان عاد خلا كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمنها فانه يردّها وارش نقصها

ولنا ان الخل عين العصير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداه بدلا عنه كالمو غصبه فنقصه منه غاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملاً فصار كبشاً، وأما السمن الاول قلنا فيه منع وان سلمناه قائلاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

عليه مثل هذا أو اعتقدها أمته فاخذها ثم بان انها غيرها فلا حد عليه لان الحدود تدرأ بالشبهات وعليه المهر وأرش البكارة وان حملت فالولد حر لا اعتقاده أنها ملكه ويلحقه النسب لمكان الشبهة وان وضعته ميتا لم يضمنه لانه لم يعلم حياته ولانه لم يحل بينه وبينه وإنما وجب تقويمه لاجل الحيولة وان وضعته حيا فعليه قيمته يوم انفصاله لانه فوت عليه رقه باعتقاده ولا يمكن تقويمه حملاً فقوم عليه عند انفصاله لانه أول حال امكان تقويمه ولانه وقت الحيولة بينه وبين سيده، وان ضرب الناصب بطنها فألقت جنينا ميتا فعليه غرة قيمتها خمس من الابل موروثة عنه لا يرث الضارب منها شيئا لانه أنلف جنينا حراً وعليه للسيد عشر قيمة أمه لان الاسقاط لما يعقب الضرب ينسب اليه لان الظاهر حصوله به وضمانه للسيد ضمان المالك ولهذا لو وضعت حيا قومناه مملوكا، وان ضربه أجني فعليه غرة دية الجنين الحر لانه محكوم بحريته وتكون موروثة عنه وعلى الناصب عشر قيمة أمه لانه يضمنه ضمان المالك وقد فوت رقه على السيد وحصل التلف في يديه، والحكم في المهر والارش والاجر ونقص الولادة وقيمتها ان تلفت على ما ذكرنا ان كانا عالمين لان هذه حقوق الأدميين فلا تسقط بالجهل والخطأ كالدية

(مسئلة) (وان باعها أو وهبها لمام بالنصب فوطئها فللمالك تضمين أيها شاء نقصها ومهرها وأجرها وقيمة ولدها ان تلف فان ضمن الناصب رجع على الآخر ولا يرجع الآخر عليه)

(المفني والشرح الكبير) وجوب قيمة الولد اذا غصب أمه حاملا فولدت في يد الغاصب ثم مات ولدها ٤١٩

(فصل) واذا غصب شيئاً ببلد فلقية ببلد آخر فطالبه به نظرت فان كان أماناً لزمه دفعها اليه لان الأمان قيم الاشياء فلا يفر اختلاف قيمتها وان كانت غيرها وكانت من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو كانت قيمته في بلد الغصب أكثر لزمه اداء مثله لانه لا ضرر عليه وكذلك ان كانت قيمته مختلفة الا أنه لا مؤونة لحمله فله المطالبة بمثله لانه أمكنه رد المثل من غير ضرر يلحقه، وان كان لحمله مؤونة وقيمتها في البلد الذي غصبه فيه أقل فليس عليه رده. ولا رد مثله لانه لا تا لا تكلفه مؤونة النقل الى بلد لا يستحق تسليمه فيه والمقصوب منه الخيرة بين الصبر الى أن يستوفيه في بلده وبين المطالبة في الحال بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه لانه تعذر رده ورد مثله، وان كان من المتقومات فله المطالبة بقيمتها في البلد الذي غصبه فيه متى قدر على رد العين المقصوبة ردها واسترجع بدلها على ما ذكرناه في المسئلة قبل هذا.

﴿مسئلة﴾ قال (ولو غصبها حاملا فولدت في يده ثم مات الولد أخذها سيندها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته)

السلام في هذه المسئلة في أمرين (أحدهما) انه اذا غصب حاملا من الحيوان أمة أو غيرها فالولد مضمون وكذلك لو غصب حائلا فحملت عنده وولدت ضمن ولدها وبهذا قال الشافعي وقال

تصرف الغاصب في العين المضمومة فاسد لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وفيه اختلاف نذكره ان شاء الله تعالى، فاذا باع الجارية المقصوبة أو وهبها لعالم بالغصب فوطئها فللمالك تضمين الغاصب لانه السبب في ايصالها الى المشتري وله تضمين المشتري والمتهب لانه المتلف ويستقر الضمان على المشتري لان كل واحد منهما غاصب لان الغصب الاستيلاء على مال الغير قهراً بغير حق وقد وجد منها ولان كل واحد منهما يلزم ردها اذا كانت في يده لان يده عليها بغير حق وقد قال عليه الصلاة والسلام «على اليد ما اخذت حتى تؤدي» ويلزم المشتري كل ما يلزم الغاصب من النقص والمهر وغيره لانه غاصب وقد ذكرنا دليله في المسئلة قبلها الا أن المالك ان ضمن الغاصب رجع على المشتري والمتهب ولا يرجع الآخر على الغاصب بما ضمنه لانه المتلف فاستقر الضمان عليه

﴿مسئلة﴾ (وان لم يعلم بالغصب فضمنها رجما على الغاصب) اذا باع الغاصب الجارية فبيعه فاسد لما ذكرناه وفيه رواية أخرى أنه يصح ويقف على إجزاء المالك، وفيه رواية ثالثة أن البيع يصح لما نذكره والتفريع على الرواية الأولى، والحكم في وطء المشتري كالحكم في وطء الغاصب الا أن المشتري اذا ادعى الجهالة قبل منه بخلاف الغاصب فانه لا يقبل منه إلا بالشرط الذي ذكرناه ويجب رد الجارية إلى سيدها وللمالك مطالبة أيهما شاء بردها لان الغاصب أخذها بغير حق والمشتري أخذ مال غيره بغير حق

أبو حنيفة ومالك لا يجب ضمان الولد في الصورتين لانه ليس بمنصوب اذ النصب فعل محذور ولم يوجد
 فان الموجود ثبوت اليد عليه وليس ذلك من فعله لانه انبنى على وجود الولد ولا نضع له فيه
 ولنا أن ما ضمن خارج الوعاء ضمن ما فيه كالدرية في الصافة والجوز واللوز ولانه منصوب فيضمن
 كالأم فان الولد إما ان يكون مودوعا في الام كالدرية في الحقبة واما ان يكون كأجزاءها وفي كلا
 الموضعين الاستيلاء على الظرف والاستيلاء على الجملة استيلاء على الجزء المظروف فان اسقطته ميتاً
 لم يضمنه لانه لا تعلم حياته وان كان يجب ما نقصت الام عن كونها حاملاً وأما اذا حدث الحمل فقد سبق
 الكلام فيه (الامر الثاني) انه يلزمه رد الموجود من المنصوب وقيمة التالف فان كانت قيمة التالف لا
 تختلف من حين النصب الى حين الرد ردها، وان كانت تختلف نظراً فان كان اختلافها لمعنى فيه من
 كبر وصغر وسمن وهزال وتعلم ونسيان ونحو ذلك من المعاني التي تزيد بها القيمة وتقص
 فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانها مقصورة في الحال التي زادت فيها والزيادة لما لكها مضمونة على
 الغاصب على ما قررناه فيما مضى، فان كانت زائدة حين تلفها لزمته قيمتها حينئذ لانه كان يلزمه ردها
 زائدة فلزمته قيمتها كذلك، وان كانت زائدة قبل تلفها ثم نقصت عند تلفها لزمه قيمتها حين كانت
 زائدة لانه لو ردها ناقصة للزمه ارش نقصها وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع ردها ضمنها عند
 تلفها فان كان اختلافها لتغير الاسعار لم يضمن الزيادة لان نقصان القيمة لذلك لا يضمن مع رد العين

أيضاً فيدخل في عموم قوله عليه السلام « على اليد ما أخذت حتى تؤدي » وهذا لا خلاف فيه بحمد الله
 ويلزم المشتري المهر لانه وطىء جارية غيره بغير نكاح وعليه أرش البكارة ونقص الولادة كالغاصب
 ويلزم ذلك مع الجهل لان الاتلاف لا يعذر فيه بالجهل والنسيان

﴿مسئلة﴾ (وان ولدت منه فالولد حر) لانه اعتقد أنه يظاً مملوكته فنع ذلك انخلاق الولد رقيقاً
 ويلحقه النسب وعليه فداؤهم لانه فوت رقيم على السيد باعتقاده حل الوطء هذا الصحيح من المذهب
 وعليه الاصحاب، وقد نقل ابن منصور عن أحمد أن المشتري لا يلزمه فداء أولاده وليس للسيد بدلم لانهم
 كانوا في حال العلق أحراراً ولم تكن لهم قيمة حينئذ قال الخلال أحسبه قولاً لأبي عبد الله أول والذي
 أذهب اليه أنه يفديهم وقد نقله ابن منصور أيضاً وجعفر بن محمد وهو قول أبي حنيفة والشافعي ويفديهم
 بدلم يوم الوضع وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة يجب يوم المطالبة لان ولد المنصوب لا يضمنه
 عنده إلا بالمتع وقبل المطالبة لم يحصل منع فلم يجب وقد ذكرنا فيما مضى أنه يحدث مضمونا عليه وقوم
 يوم وضعه لانه أول حال أمكن تقويمه

﴿مسئلة﴾ (وفديهم بمثله في صفاته تقريباً) هذا ظاهر قول الحرفي لانهم أحرار والحر لا يضمن بقيمته
 وقال أبو بكر يفديهم بمثلهم في القيمة وعن أحمد رواية ثالثة أنه يفديهم بقيمتهم حكاه أبو الخطاب
 وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهي أصح ان شاء الله تعالى لان الحيوان ليس بمثل فيضمن بقيمته كسائر

فلا يضمن عند تلفها، وحمل القاضي قول الحرقي على ما إذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تعذر ردها ضمنها كقيمة يوم التلف وانما سقطت القيمة مع رد العين والمذهب الاول لما ذكرنا، وتفارق هذه الزيادة زيادة المعاني لان تلك تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها وهذه لا تضمن مع رد العين فكذلك مع تلفها، وقولهم انها سقطت برد العين لا يصح لانها لو وجبت لما سقطت بالرد كزيادة السمن والتعلم، قال القاضي ولم أجد عن أحد رواية بأنها تضمن بأكثر القيمتين لتغير الاسعار، فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم اتلف رواه الجماعة عن أحمد، وعنه أنها تضمن بقيمتها يوم النصب وهو قول أبي حنيفة ومالك لانه الوقت الذي أزال يده عنه فيلزمه القيمة حينئذ كما لو أتلفه ولنا أن القيمة انما تثبت في الذمة حين التلف لان قبل ذلك كان الواجب رد العين دون قيمتها فاعتبرت تلك الحالة كما لو لم تختلف قيمته وما ذكره لا يصح لان امساك المنصوب غصب فانه فعـل يجب عليه تركه في كل حال وما روي عن أحمد من اعتبار القيمة بيوم النصب فقال الحلالين أحمد عنه كأنه رجع الى قوله الاول

(فصل) وان كان المنصوب من المثليات فتاف وجب رد مثله فان فقد المثل وجبت قيمته يوم انقطاع المثل وقال القاضي تجب قيمته يوم قبض البدل لان الواجب المثل الى حين قبض البدل بدليل أنه لو وجد المثل بعد فقده لكان الواجب هو دون القيمة وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب

المتقومات ولانه لو أتلفه ضمنه بقيمته كذلك هذا

﴿مسئلة﴾ (ويرجع بذلك على الفاضل) يعني بالمهر وما فدى به الاولاد لان المشتري دخل على أن يسلم له الاولاد وان يتمكن من الوطء بغير عوض فاذا لم يسلم له ذلك فقد غره البائع فيرجع به عليه وأن كانت الجارية باقية ردها إلى سيدها ولا يرجع يدها لانها ملك المنصوب منه رجعت عليه لكنه يرجع على الفاضل بالثمن الذي أخذه منه لقوله عليه السلام «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»

﴿مسئلة﴾ (وان تلفت فعليه قيمتها لما لكها كما يلزمه نقضها ولا يرجع بها على الفاضل إن كان مشتريا) لان المشتري دخل مع الفاضل على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه القيمة لم يرجع بها لكنه يرجع بالثمن لان البيع باطل فلم يدخل الثمن في ملك الفاضل كما لو وجد العين باقية فأخذها المالك فانه يرجع بالثمن، فأما المتهب فيرجع بالقيمة على الفاضل لانه دخل مع الفاضل على أن يسلم له العين فينبغي أن يرجع بما غرم من قيمتها على الفاضل كقيمة الاولاد

(مسئلة) (وعنه أن ما حصلت له منفعة كالاجرة والمهر وأرض البكارة لا يرجع به) وجملة ذلك ان المالك إذا رجع على المشتري فاراد المشتري الرجوع على الفاضل فهو على ثلاثة أضرب: ضرب لا يرجع به وهو قيمتها ان تلفت في يده وارش بكارتها، وفيه رواية اخرى انه يرجع به كالمهر وبدل جزء من اجزائها لانه دخل مع الفاضل على أن يكون ضامنا لذلك بالثمن فاذا ضمنه لم يرجع به، وضرب يرجع

الشافعي يجب قيمته يوم الحادثة لان القيمة لم تنتقل الى ذمته الا حين حكم بها الحاكم ولنا ان القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ كتناف المتقوم ودليل وجوبها حينئذ انه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الغاصب أدائها ولا ينفي وجوب المثل لانه معجوز عنه والتكليف يستدعي الوسع ولانه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر دأؤه فلم يكن واجبا كحالة الحاكم، وأما اذا قدر على المثل بعد فقدته فانه يعود وجوبه لانه الاصل قدر عليه قبل أداء البدل فأشبه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء لا يستحق المالك طلبه وأخذه وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا اعطاه على السمر يوم أخذه لا يوم يحاسبه وكذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الاخذ، وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب وقد ذكرنا ذلك في الفصل قبل هذا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه هنا باذن مالكه ملكه وحل له التصرف فيه فتثبت قيمته يوم ملكه، ولم يتغير ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك للمنصوب منه والواجب رده لا قيمته وإنما تثبت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك فأما ان كان المنصوب باقيا وتعذر رده فأوجبنا رديته فانه يطالبه بقيمته يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين العسر

به وهو بدل الولد اذا ولدت منه لانه دخل معه في العقد على أن لا يكون الولد مضمونا ولم يحصل من جهته اتلاف وإنما الشرع ألتفه بحكم بيع الغاصب منه وكذلك نقص الولادة، وضرب اختلاف فيه وهو مهر مثلها واجر نفعها وفيه روايتان (احدهما) يرجع به وهو قول الحارثي لانه دخل العقد على ان يتلفه بغير عوض فاذا غرمه رجم به كبذل الولد ونقص الولادة (والثانية) لا يرجع به وهو اختيار ابي بكر وقول ابي حنيفة لانه غرم ما استوفى بدله فلا يرجع كقيمة الجارية وبدل اجزائها وللشافعي قولان كالروايتين (مسئلة) (فان ضمن الغاصب رجم على المشتري بما لا يرجع به عليه كما لو رجع به على المشتري لا يرجع به المشتري على الغاصب) اذا رجع به المالك على الغاصب رجع الغاصب به على المشتري وكل ماله رجع به على المشتري رجع به المشتري على الغاصب إذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري لان الضمان استقر على الغاصب فان ردها حاملا فانت من الوضع فهي مضمونة على الواطي، لان التاف بسبب من جهته (مسئلة) (فان ولدت من زوج فمات الولد ضمنه بقيمته) إذا اشترى الجارية المنصوبة من لا يعلم بذلك فزوجها لغير عالم بالنصب فولدت من الزوج فهو مملوك لانه من زوائدها ومماثا فيكون مضمونا على من هو في يده بقيمته اذا تلف لانه مال وليس بمثل، وهل يرجع بها على الغاصب؟ على روايتين على ما ذكرنا فيما إذا ضمن المشتري ما حصل به نفع ووجه الروايتين ما سبق (فصل) (إذا وهب المنصوب لعالم بالنصب استقر الضمان عليه ولا يرجع به على احد لانه غاصب

الى وقت امكان الرد ومطالبة الناصب بالسعى في رده وانما يأخذ القيمة لاجل الحيلولة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه ولان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(مسئلة) قال (واذا كانت للمنصوب أجره فعلى الناصب رده وأجر مثله مدة

مقامه في يديه)

هذه المسألة تشتمل على حكيم (أحدها) وجوب رد المنصوب (والثاني) رد أجرته :أما الاول فان المنصوب متى كان باقيا وجب رده لقول رسول الله ﷺ «على اليد ما أخذت حتى ترده» رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي وقال حديث حسن وروى عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال « لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لا عبا جادا ، ومن أخذ عسا أخيه فليردها » رواه أبو داود، يعني أنه يقصد المزح مع صاحبه بأخذ متاعه وهو جاد في ادخال الغم والفيظ عليه ولانه أزال يد المالك عن ملكه بغير حق فلزمه اعادتها، وأجمع العلماء على وجوب رد المنصوب اذا كان باقيا بحاله لم يتغير ولم يشتمل بغيره ، فان غصب شيئا فبعده لزم رده وان غرم عليه أضعاف قيمته لانه جنى بتبعيده فكان ضرر ذلك عليه، فان قال الناصب خذ مني أجر رده وتسلمه مني ههنا أو بذل له أكثر من قيمته ولا يسترده لم يلزم المالك قبول ذلك لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كالمبيع، وان قال المالك دعني

ولم يفره احد وان لم يعلم فلصاحبه تضمين ايها شاء ويرجع المنهب على الواهب بقيمة العين والاجر لانه غره وقال أبو حنيفة ايها ضمن لم يرجع على الآخر

ولنا ان المنهب دخل على ان يسلم له العين فيجب ان يرجع بما غرم من قيمتها كقيمة الاولاد فانه وافقنا على الرجوع بها فاما الاجر والمهر وارش البكارة فقيه وجهان مبنيان على الروايتين في المشتري (مسئلة) (وإن اغارها فثلثت عند المستعير ضمان قيمتها عليه وضمان الاجر على الناصب)

فان ضمن المستعير مع علمه بالنصب لم يرجع على احد وان ضمن الناصب رجع على المستعير وان لم يكن علم بالنصب فضمنه لم يرجع بقيمة العين لانه قبضا على انها مضمونة عليه، وفي الرجوع بالاجر وجهان (أحدهما) يرجع لانه دخل على أن المنافع غير مضمونة عليه (والثاني) لا يرجع به لانه انتفع بها فقد استوفى بدل ما غرم وكذلك الحكم فيما تاف من الاجزاء بالاستعمال اذا كانت العين وقت القبض أكثر قيمة من يوم التلق فضمن الاكثر فينبغي أن يرجع بما بين القيمتين لانه دخل على أنه لم يضمه ولم يستوف بدله فان ردها المستعير على الناصب لم يسقط عنه الضمان لانه فوت المالك على ما ملكه بتسليمه إلى غير مستحقه ويستقر الضمان على الناصب ان حصل التلف في يده وكذلك الحكم في المودع

(مسئلة) (وان اشترى أرضاً ففرسها أو بنى فيها فخرجت مستحقة وقلع غرسه وبناءه رجع المشتري

على البائع بما غرمه) ذكره القاضي في القسمة لانه يبيعه إياها غره وأوهمه أنها ملكه وكان ذلك سبباً

في مكانه الذي نقلته اليه لم يملك الغاصب رده لانه أسقط عنه حقاً فسقط وان لم يقبله كما لو أبرأه من دينه وان قال رده لي الى بعض الطريق لزمه ذلك لانه يلزمه جميع المسافة فلزمه بعضها المطلوب وسقط عنه ما أسقطه، وان طلب منه حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد لم يلزم الغاصب ذلك سواء كان أقرب من المكان الذي يلزمه رده اليه أو لم يكن لانه معاوضة، وان قال دعه في مكانه واعطني أجر رده لم يجبر على إجابته لذلك ومهما اتفقا عليه من ذلك جاز لان الحق لهما لا يخرج عنها

(فصل) وان غصب شيئاً فشغله بملكه كخيط خاط به ثوبا أو نحوه أو حجراً بنى عليه نظراً فان بلى الخيط أو انكسر الحجر أو كان مكانه خشبة فتلفت لم يؤخذ برده ووجب قيمته لانه صارها الكافوجبت قيمته، وان كان باقياً بحاله لزمه رده وإن اتلف البناء وتفصل الثوب، وبهذا قال مالك والشافعي وقال أبو حنيفة لا يجب رد الخشبة والحجر لانه صار تاباً للملك يستغنى بقلعه فلم يلزم رده كما لو غصب خيطاً خاط به جرح عبده ولنا أنه مفصوب أمكن رده ويجوز له فوجبه كما لو بعد العين ولا يشبه الخيط الذي يخاف على العبد من قلعه لانه لا يجوز له رده لما في ضمنه من تلف الآدمي ولان حاجته الى ذلك تبيح أخذه ابتداء بخلاف البناء، وان خاط بالخيط جرح حيوان فذلك على أقسام ثلاثة (أحدها) أن يخيظ به جرح حيوان لا حرمة له كالمرتد والخنزير والكلب العقور فيعجب نزع رده لانه لا يتضمن تقويت ذي حرمة فأشبه ما لو خاط به ثوبا (والثاني) أن يخيظ به جرح حيوان محترم لا يحل أكله كالأدمي، فان خيف

في بناءه وغرسه فرجع عليه بما غرمه عليها كرجوعه بما أعطاه من ثمنها (مسئلة) (وان أطعم المفصوب لعالم بالغصب استقر الضمان عليه) لكونه ألتف مال غيره بغير اذنه ظالماً من غير تبرير والمالك تضمن الغاصب لأنه حال يئنه وبين ماله والا كل لانه ألتف مال غيره بغير اذنه وقبضه من يد ضامنه بغير إذن مالكة فان ضمن الغاصب رجس على الآكل وان ضمن الآكل لم يرجع على أحد

(مسئلة) (وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب) لاعترافه بان الضمان باق عليه وان لم يلزم الآكل شيء ولانه غر الآكل

(مسئلة) (وان لم يقل في أيها يستقر عليه الضمان؟ وجهان) أحدهما يستقر الضمان على الآكل وهو قول أبي حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن فلم يرجع به على أحد والثاني يستقر على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحنفي وأيهما استقر عليه الضمان فغرم لم يرجع على أحد وإن غرم صاحبه رجح عليه

(مسئلة) (وان أطعمه للمالك ولم يعلم لم يبرأ نص عليه) إذا أطعم المفصوب للمالك فأكله ظالماً أنه طعامه برى، الغاصب وإن لم يعلم وقال له كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وإن كانت له يئنه فإنه طعام المفصوب منه، وإن لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله فظاهر كلام أحمد أنه لا يبرأ

من نزع الهلاك أو إبطاء برئته فلا يجب نزع لان الحيوان أكد حرمة من عين المال ولهذا يجوز له أخذ مال غيره ليحفظ حياته واتلاف المال لتبقيته وهو ما يأكله وكذلك الدواب التي لا يؤكل لحمها كالبعول والحمار الاهلي (الثالث) أن يخيظ به جرح حيوان مأكول فإن كان ملكاً لغير الغاصب وخيف تلفه بقلمه لم يقطع لان فيه اضراً بصاحبه ولا يزال الضرر بالضرر ولا يجب اتلاف مال من لم يكن صيانة لمال آخر، وان كان الحيوان للغاصب فقال القاضي لا يجب رده لانه يمكن ذبح الحيوان والاتفاق بلمحه وذلك جائز، وان حصل فيه نقص على الغاصب فليس ذلك بمنع من وجوب رد المنصوب كنقص البناء لرد الحجر المنصوب، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثاني) لا يجب قلمه لان للحيوان حرمة في نفسه وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين، ويحتمل ان يفرق بين ما بعد الملاك من الحيوان كهيمة الانعام والدجاج وأكثر الطير وبين ما لا يبدله كالخيل والطيور المنصود صوته فالاول يجب ذبحه اذا توقف رد المنصوب عليه (والثاني) لا يجب لان ذبحه اتلاف له فجري مجرى ما لا يؤكل لحمه ومتى أمكن رد الخيظ من غير تلف الحيوان أو تلف بعض أعضائه أو ضرر كثير وجب رده

(فصل) وان غصب فصيلاً فادخله داره فكبر ولم يخرج من الباب أو خشبة وأدخلها داره ثم بنى الباب ضيقاً لا يخرج منه الا بنقضه وجب نقضه ورد الفصيل والخشبة كما ينقض البناء لرد الساجة فان

لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي، وهذا يدل على أنه لا يبرأ هنيئاً كل المالك طعامه بطريق الاولى لأنه ثم رد اليه يده وسلطانه وهنيئاً لتقديم اليه لم يعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه وبيعه والصدقة به فلم يبرأ به الغاصب كما لو علقه لدوابه ويتخرج أن يبرأ بناء على ما إذا أطعمه لأجنبي فانه يستقر الضمان على الآكل في إحدى الروايتين فكذلك ههنا وهذا مذهب أبي حنيفة

(فصل) وإن وهب المنصوب لملك أو أهده اليه بريء في الصحيح لانه سلمه اليه تسليم تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم محمول على ما إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهبة فآخذه المالك على هذا الوجه لا على سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسئلتنا فيما إذا رد عليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالاتباع وهو موجب للضمان وكذلك إن أقرضه إياه لما ذكرنا

(مسألة) (وان رهنه عند مالك أو أودعه إياه أو أجره أو استأجره على قصارته أو خياطته ولم يعلم لم يبرأ من الضمان)

لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة، وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه رده الى يده

كان حصوله في الدار بغير تفریط من صاحب الدار نقض الباب وضمانه على صاحب الفصيل لانه لتخليص ماله من غير تفریط من صاحب الدار . وأما الخشبة فان كان كسرها أكثر ضرراً من نقض الباب فهي كالفصيل وان كان أقل كسرت، ويحتمل في الفصيل مثل هذا فانه متى كان ذبحه أقل ضرراً ذبح وأخرج لحمه لانه في معنى الخشبة، وان كان حصوله في الدار بعدوان من صاحبه كرجل غصب داراً فأدخلها فصيلاً أو خشبة أو تعدى على انسان فأدخل داره فرساً ونحوها كسرت الخشبة وذبح الحيوان وان زاد ضرره على نقض البناء لأن سبب هذا الضرر عدوانه فيجعل عليه دون غيره ولو باع داراً فيها خواصي لا يخرج الا بنقض الباب أو خزان أو حيوان وكان نقض الباب أقل ضرراً من بقاء ذلك في الدار أو تفصيله أو ذبح الحيوان نقض وكان إصلاحه على البائع لانه لتخليص ماله وان كان أكثر ضرراً لم ينقض لانه لا فائدة فيه ويصطلحان على ذلك اما بأن يشتريه المشتري الدار أو غير ذلك

(فصل) وإن غصب جوهرة فابتلعها بهيمة . فقال اصحابنا : حكمها حكم الحيط الذي خاط به جرحها ويحتمل أن الجوهرة متى كانت أكثر من قيمة الحيوان ذبح الحيوان وردت الى مالكها وضمان الحيوان على الغاصب الا أن يكون الحيوان آدمياً ، وفارق الحيط لانه في الغالب أقل قيمة من الحيوان والجوهرة أكثر قيمة ففي ذبح الحيوان رعاية حق المالك برد عين ماله اليه ورعاية حق الغاصب بتقليل الضمان عليه ، وان ابتلعت شاة رجل جوهرة آخر غير مفصولة ولم يمكن

وسلطانه وهذا أحد الوجهين لاصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه أكله فأكله لم يبرأ فهنا أولى .

(مسئلة) (وان أعاره إياه بريء علم أو لم يعلم)

لان العارية توجب الضمان على المستعير فلو وجب الضمان على الغاصب رجع به على المستعير ولا فائدة في وجوب شيء عليه يرجع به على من وجب له

(مسئلة) (وان اشترى عبداً فأعتقه فادعى رجل ان البائع غصبه فصدقه أحدهما لم يقبل على الآخر وان صدقاه مع العبد لم يبطل العتق ويستقر الضمان على المشتري ويحتمل أن يبطل العتق إذا صدقوه كلهم)

إذا أقام المدعي بينه بما أدماه بطل البيع والعتق ويرجع المشتري على البائع باليمن وان صدقه البائع أو المشتري لم يقبل قول أحدهما على الآخر لانه لا يقبل اقراره في حق غيره وان صدقاه جميعاً لم يبطل العتق وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية حق يتعلق بها حق لله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق قبلت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق إذا اتفق عليه كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن

اخراجها الا بذبح الشاة ذبحت اذا كان ضرر ذبحها أقل وكان ضمان نقصها على صاحب الجوهرة لانه لتخليص ماله الا أن يكون التفريط من صاحب الشاة يكون يده عليها فلا شيء لصاحب الجوهرة لان التفريط من صاحب الشاة فالضرر عليه، وان أدخلت رأسها في ققم فلم يمكن اخراجها الا بذبحها وكان الضرر في ذبحها أقل ذبحت وان كان الضرر في كسر القمم أقل كسر القمم، وان كان التفريط من صاحب الشاة فالضمان عليه وان كان التفريط من صاحب القمم بأن وضعه في الطريق فالضمان عليه، وان لم يكن منها تفريط فالضمان على صاحب الشاة ان كسر القمم لانه كسر لتخليص شاته، وان ذبحت الشاة فالضمان على صاحب القمم لانه لتخليص ققمه فان قال من عليه الضمان منها أنا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً للآخر فله ذلك لان اتلاف مال الآخر انما كان لحقه وسلامة ماله وتخليصه فاذا رضي بتلفه لم يحجز اتلاف غيره، وان قال لا اتلف مالي ولا أغرم شيئاً لم يمكنه من اتلاف مال صاحبه لكن صاحب القمم لا يجبر على شيء لان القمم لا حرمة له فلا يجبر صاحبه على تخليصه، وأما صاحب الشاة فلا يحل له تركها لما فيه من تعذيب الحيوان فيقال له إما ان تذبح الشاة لتريحها من العذاب واما ان تفرم القمم لصاحبه اذا كان كسره أقل ضرراً ويخلصها لان ذلك من ضرورة ابقائها أو تخليصها من العذاب فلزمه كلفها، وان كان الحيوان غير مأكول احتمل أن يكون حكمه حكم المأكول فيما ذكرنا واحتمل أن يكسر القمم وهو قول أصحابنا لانه لا نفع في ذبحه ولا هو مشروع وقد نهى النبي ﷺ عن ذبح الحيوان لغير أكله ويحتمل ان يجري مجرى المأكول في انه متى كان قتله أقل ضرراً وكانت الحناية من صاحبه قتل لان حرمة

يديه فصيح كما لو لم يمتقه المشتري، ومتى حكنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه فان ضمن البائع رجوع على المشتري لانه اتلفه وان ضمن المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه وان مات العبد تخاف مالا فهو المدعي لاتفاقهم على أنه له وانما لم يرد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخاف وارثاً فيأخذه وليس عليه ولاء لان أحداً لا يدينه وان صدق المشتري ابائهم وحده رجوع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقية الاقسام على ما نذكر في الفصل بعده .

(فصل) وان كان المشتري لم يمتقه وأقام المدعي بينة بما ادعاه انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بالثمن وكذلك إذا أقر بذلك وان أقر أحدهما لم يقبل على الآخر فان كان المقر البائع لزمته القيمة للمدعي لانه حال بينه وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر والبائع احلافه ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري لانه لا يدينه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامر من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الأمرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بعد اتفاقهما على حكمه كما لو قال لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل اتف من قرض وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدينه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره لزمه رده الى مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه

معارضة لحزمة الآدمي الذي يتلف ماله والنهي عن ذبحه معارض بالنهي عن اضاءة المال وفي كسر التعميم مع كثرة قيمته اضاءة للمال والله اعلم

(فصل) وان غصب ديناراً فوقم في محبرته أو أخذ دينار غيره فسهافوقع في محبرته كسرت ورد الدينار كما ينقض البناء لرد الساجدة وكذلك ان كان درهما أو أقل منه، وان وقع من غير فعله كسرت لرد الدينار ان أحب صاحبه والضمان عليه لانه لتخليص ماله، وان غصب ديناراً فوقم في محبرة آخر بفعل الناصب أو غير فعله كسرت لرده وعلى الناصب ضمان المحبرة لانه السبب في كسرها، وان كان كسرها أكثر ضرراً من بقية الواقع فيها ضمنه الناصب ولم تكسر، وان رمى انسان ديناره في محبرة غيره عدواناً فأبى صاحب المحبرة كسرها لم يجبر عليه لان صاحبه تعدى برميها فلما يجبر صاحبها على ائلاف ماله لازالة ضرر عدوانه عن نفسه وعلى الناصب نقص المحبرة بوقوع الدينار فيها ويحتمل أن يجبر على كسرها لرد عين مال الناصب ويضمن الناصب قيمتها كما لو غرس في أرض غيره ملك حفر الأرض بغير اذن المالك لاخذ غرسه ويضمن نقصها بالحفر وعلى كلا الوجهين لو كسرها الناصب قهراً لم يلزمه أكثر من قيمتها (فصل) وان غصب لوحاً فرقع به سفينة فان كانت على الساحل لزم قلعه ورده وان كانت في لجة البحر واللوح في أعلاها بحيث لا تفرق بقلعه لزم قلعه وان خيف غرقها بقلعه لم يقطع حتى تخرج الى الساحل ولصاحب اللوح طلب قيمته فاذا امكن رد اللوح استرجعه ورد القيمة كما لو غصب عبداً

وان كان اقرار البائع في مدة الخيار انقسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه وان كان المقر المشتري وحده لزمه رد العيب ولم يقبل اقراره على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه وعليه دفعه اليه ان لم يكن قبضه فان أقام المشتري بينة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن وان كان البائع المقر فأقام بينة فان كان في حال البيع قال بعتك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بينته لانه يكذبها وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغيره، وان أقام المدعي البينة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجربها الى نفسه نفقاً وان أنكرهم جميعاً فله احلافها قال احمد في رجل يجد سرقة عند انسان بعينها قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه، رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة

(فصل) قال رضي الله عنه (وان أتلف المنصوب ضمنه بمثله ان كان ميلاً أو موزوناً) متى تلف المنصوب في يد الناصب لزمه رد بدله لقوله تعالى (من اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ولانه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها فان كان المتلف مثلياً كالكيل والموزون ميلاً أو موزوناً وجب المثل قال ابن عبد البر كل مطبوع من مأكول أو مشروب فجمع على أنه يجب على المستهلك مثله لاقيمته ولان المثل أقرب اليه من القيمة فهو مماثل له من طريق الصورة والمشاهدة

فأبقى وقال أبو الخطاب إن كان فيها حيوان له حرمة أو مال لغير الفاص لم يقطع كالخيط وإن كان فيها مال للفاصل أولا مال فيها فقها وجهان (أحدهما) لا يقطع (والثاني) يقطع في الحال لأنه يمكن رد المنصوب فلزم وإن أدى إلى تلف المال كرد الساجة المبني عليها ولاصحاب الشافعي وجهان كهذين ولنا أنه يمكن رد المنصوب من غير اتلاف فلم يحز الاتلاف كما لو كان فيها مال غيره وفارق الساجة في البناء فإنه لا يمكن ردها من غير إتلاف

(فصل) وإذا غصب شيئا فخلطه بما يمكن تمييزه منه كحظنة بشمير أو سمس أو صغار الحب بكبار أو زبيب أسود بأحمر لزمه تمييزه وردده وأجر المميز عليه وإن لم يمكن تمييز جميعه وجب تمييزه ما أمكن وإن لم يمكن تمييزه فهو على خمسة أضرب :

(أحدها) أن يخلطه بمثله من جنسه كزيت بزيت أو حظنة بمثلها أو دقيق بمثله أو دنائير أو دراهم بمثلها فقال ابن حامد يلزمه مثل المنصوب منه وهو ظاهر كلام أحمد لأنه نص على أنه يكون شريكا به إذا خلطه بغير الجنس فيكون تنهياً على ما إذا خلطه بجنسه وهذا قول بعض أصحاب الشافعي إلا في الدقيق فإنه يجب قيمته لأنه عندهم ليس بمشلي وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزمه مثله إن شاء منه وإن شاء من غيره ، لأنه تعذر عليه رد عين ماله بالخلط فأشبهه ماله تلف لأنه لا يتميز له شيء من ماله .

كائنات والمنى والقيمة ثمانية من طريق الظن والاجتهاد فقدم ما طريقه المشاهدة كائنات لما كان طريقه الإدراك بالسمع كان أولى من القياس لأن طريقه الظن والاجتهاد

(مسئلة) (وان أعوز المثل فعليه قيمة مثله يوم إعوازه)

وقال القاضي يجب قيمته يوم قبض البديل لأن الواجب المثل إلى حين قبض البديل بدليل أنه لو وجد المثل بعد إعوازه لمكان الواجب هو دون القيمة، وقال أبو حنيفة ومالك وأكثر أصحاب الشافعي يجب قيمته يوم الحاكمة لأن القيمة لم تنتقل إلى ذمته إلا حين حكم بها الحاكم

ولنا أن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل فاعتبرت القيمة حينئذ لتلف المتقوم ودليل وجوبها - ينشأ أنه يستحق طلبها واستيفاءها ويجب على الفاص أدائها ولا ينفي وجوب المثل لأنه مجوز عنه والتسليف يستدعي الوسم ولأنه لا يستحق طلب المثل ولا استيفاءه ولا يجب على الآخر أدائه فلم يكن واجبا كحالة الحاكمة وإنما إذا قدر على المثل بعد فقده فإنه يعود وجوبه لأنه الأصل قدر عليه قبل أداء البديل فأشبهه القدرة على الماء بعد التيمم ولهذا لو قدر عليه بعد الحاكمة وقبل الاستيفاء استحق المالك طلبه وأخذه وعنه تلمذه قيمة يوم تلفه لأن القيمة إنما ثبتت في الذمة حين التلف لأنه قبل التلف يجب رده فإذا تلف وجبت قيمته يوم تلفه كغير المثلي

(مسئلة) (وان لم يكن مثليا ضمنه قول باقي الجماعة)

ولنا أنه قدر على دفع بعض ماله إليه مع رد المثل في الباقي فلم ينتقل إلى المثل في الجميع كما لو غصب صاعاً فتلف لصفه ، وذلك لأنه إذا دفع إليه منه فقد دفع إليه بعض ماله وبدل الباقي فكان أولى من دفعه من غيره .

(الضرب الثاني والثالث والرابع) أن يخلطه بخير منه أو دونه أو بغير جنسه فظاهر كلام أحمد أنها شريكان يباع الجميع ويدفع إلى كل واحد منهما قدر حقه لأنه قال في رواية أبي الحارث في رجل له رطل زيت وآخر له رطل شيرج اختلطا يباع الدهن كله ويعطى كل واحد منهما قدر حصته وذلك لأننا إذا فعلنا ذلك أوصلنا إلى كل واحد منهما عين ماله وإذا أمكن الرجوع إلى عين المال لم يرجع إلى البدل وإن نقص المنصوب عن قيمته منفرداً فعلى الناصب ضمان النقص لأنه حصل بفعله وقال القاضي قياس المذهب أنه يلزم الناصب مثله لأنه صار بالخلط مستهلكاً وكذلك لو اشترى زيتاً فخلطه بزيت ثم أفلس صار البائع كأسوة الغرماء ولأنه تعذر عليه الوصول إلى عين ماله فكان له بدله كما لو كان تالفاً ويحتمل أن يحمل كلام أحمد على ما إذا اختلطا من غير غصب فأما المنصوب فقد وجد من الناصب ما منع المالك من أخذ حقه من المثلثات مبرأً فلزمه مثله كما لو أتلفه إلا أنه إن خلطه بخير منه وبدل لصاحبه مثل حقه منه لزمه قبوله لأنه أوصل إليه بعض حقه بعينه وتبرع بالزيادة في مثل الباقي وإن خلطه بأدون منه فرضي المالك بأخذ قدر حقه منه لزم الناصب بدله لأنه أمكنه رد بعض المنصوب

وحكي عن العنبري أنه يجب في كل شيء مثله لما روت جيرة بنت دحاجة عن عائشة رضي الله عنها قالت ما رأيت صانعا مثل حفصة صنعت طعاما فبعثت به إلى رسول الله ﷺ فأخذني ألا فكل فكسرت الأناة فقات يارسول الله ما كفارة ما صنعت فقال «إناة مثل الأناة وطعام مثل الطعام» رواه أبو داود وعن أنس أن إحدى نساء النبي ﷺ كسرت قصعة الأخرى فدفع النبي ﷺ قصعة الكسرة إلى رسول صاحبة المكسورة وحبس المكسورة في بيته رواه الترمذي بنحوه وقال حسن صحيح

ولنا ما روى عبد الله بن عمر أن النبي ﷺ قال «من أعتق شركه في عبد قوم عليه قيمة العدل متفق عليه فأمر بالتقويم في حصة الشريك لأنها متلفة بالعتق ولم يأمر بالمثل والحديث محمول على أنه جوز ذلك بالتراضي وعلم أنها ترضى به ولأن هذه الأشياء لا تتساوى أجزاؤها وتختلف صفاتها فالقيمة فيها أعدل وأقرب إليها فكانت أولى ويكون ذلك يوم تافه لما ذكرنا ويكون في بلده من نقده لأنه موضع الضمان يعني يضمنه في البلد الذي غصبه فيه من نقده ، ويتخرج أن يضمنه بقيته يوم غصبه وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أنه فوته عليه بغصبه فكان عليه قيمة ما فوت عليه حين فوته وقد روي عن أحمد في رجل أخذ من رجل أرطالا من كذا وكذا أعطاه على السعر يوم أخذه لا يوم محاسبته ولذلك روي عنه في حوائج البقال عليه القيمة يوم الأخذ وهذا يدل على أن القيمة تعتبر يوم النصب والاولى أولى. قال شيخنا ويمكن التفريق بين هذا وبين النصب من قبل أن ما أخذه ههنا باذن مالكة

ورد مثل الباقي من غير ضرر وقيل لا يلزم الفاصب ذلك لان حقه انتقل الى الذمة فلم يجبر على غير مال وإن بذله للمنصوب منه فأباه لم يجبر على قبوله لانه دون حقه وإن تراضيا بذلك جاز وكان المالك متبرعاً بترك بعض حقه وإن اتفقا على أن يأخذ أكثر من حقه من الرديء أو دون حقه من الجيد لم يجز لانه ربا لانه يأخذ الزائد في القدر عوضاً عن الجودة وإن كان بالعكس فرضي دون حقه من الرديء أو سمح الفاصب فدفع أكثر من حقه من الجيد جاز لانه لا مقابل للزيادة وإنما هي تبرع مجرد وإن خلطه بغير جنسه فتراضيا على أن يأخذ أكثر من قدر حقه أو أقل جاز لانه بدله من غير جنسه فلا تحرم الزيادة بينها .

(الضرب الخامس) أن يخلطه بما لا قيمة له كزيت خلطه بماء أو لبن شابه بماء فإن أمكن تخليصه خلصه ورد ناقصه وإن لم يمكن تخليصه أو كان ذلك يفسده رجم عليه بمثله لانه صار كالمالك وإن لم يفسده رده ورد ناقصه وإن احتيج في تخليصه الى غرامة لزم الفاصب ذلك لانه بسببه ولاصحاب الشافعي في هذا الفصل نحو ما ذكرنا .

(فصل) وإن غصب ثوباً فصبغه لم يخل من ثلاثة أقسام (أحدها) أن يصبغه بصبغه له (الثاني) أن يصبغه بصبغه للمنصوب منه (الثالث) أن يصبغه بصبغه لغيرها ، والاول لا يخلو من ثلاثة أحوال (أحدها) أن يكون الثوب والصبغ بحالهما لم يزد قيمتهما ولم تنقص مثل ان كانت قيمة كل واحد

ملكه وحل له التصرف فيه فثبتت قيمته يوم ملكه ولم يعتبر ما ثبت في ذمته بتغير قيمة ما أخذه لانه ملكه والمنصوب ملك المنصوب منه فلو اوجب رده لا قيمته، وإنما ثبتت قيمته في الذمة يوم تلفه أو انقطاع مثله فاعتبرت القيمة حينئذ وتغيرت بتغيره قبل ذلك، فأما ان كان المنصوب باقياً وتعدر رده فأوجبنا رد قيمته فانه يطالب به يوم قبضها لان القيمة لم تثبت في الذمة قبل ذلك ولهذا يتخير بين أخذها والمطالبة بها وبين الصبر الى وقت إمكان الرد ومطالبة الفاصب بالسعي في رده وإعائاً بأخذ القيمة لاجل الحيلة بينه وبينه فيعتبر ما يقوم مقامه لان ملكه لم يزل عنه بخلاف غيره

(فصل) وقد قال الحرقي فيمن غصب جارية حاملاً فولدت في يديه ثم مات الولد أخذها سيدها وقيمة ولدها أكثر ما كانت قيمته، فحمل القاضي قول الحرقي على ما اذا اختلفت القيمة لتغير الاسعار وهو مذهب الشافعي، فعلى هذا اذا تلف المنصوب لزم الفاصب قيمته أكثر ما كانت من يوم الغصب الى يوم التلف لان أكثر القيمتين فيه للمنصوب منه فاذا تعدر ردها ضمنه كقيمته يوم التلف، وإنما سقطت القيمة مع رد العين، والمذهب أن زيادة القيمة بتغير الاسعار غير مضمونة على الفاصب وقد ذكرنا ذلك، وعلى هذا فكل كلام الحرقي محمول على ما إذا اختلفت القيمة لمعنى في المنصوب من كبر وصغر وسمين وهزال ونسيان ونحو ذلك فالواجب القيمة أكثر ما كانت لانهم ا. مضمونة في الحال التي زادت فيها والزيادة مالمالكها مضمونة على الفاصب على ما قدرناه بدليل أنه لو رد العين ناقصة لزمه أرضى نقصها

منها خمسة فصارت قيمتهما بعد الصبيع عشرة فهما شريكان لان الصبيع عين مال له قيمة فان تراضيا بتركه لها جاز وان باعه فتمه بينهما نصفين .

(الحال الثاني) اذا زادت قيمتها فصارا يساويان عشرين نظرت فان كان ذلك لزيادة اثنياب في السوق كانت الزيادة لصاحب الثوب وإن كانت لزيادة الصبيع في السوق فلزيادة لصاحبه وان كانت لزيادتهما معا فهي بينهما على حسب زيادة كل واحد منهما فان تساويا في الزيادة في السوق تساوى صاحباهما فيها وان زاد أحدهما ثمانية والآخر اثنين فهي بينهما كذلك وان زادا بالعمل فالزيادة بينهما لان عمل الفاصب زاد به في الثوب والصبيع وما عمله في المنصوب للمنصوب منه اذا كان أثر أو زيادة مال الفاصب له وان نقصت القيمة لتغير الاسعار لم يضمه الفاصب لما تقدم، وان نقص لأجل العمل فهو على الفاصب لانه يتبعه فاذا صار قيمة الثوب مصبوغا خمسة فهو كله لما اسكه ولا شيء للفاصب لان النقص حصل بمدونه فكان عليه وان صارت قيمته سبعة صار الثوب بينهما لصاحبه خمسة أسابيع ولصاحب الصبيع سبعة، وان زادت قيمة الثوب في السوق فصار يساوي سبعة ونقص الصبيع فصار يساوي ثلاثة وكانت قيمة الثوب مصبوغا عشرة فهو بينهما لصاحب الثوب سبعة ولصاحب الصبيع ثلاثة وإن ساوى اثني عشر قسمت بينهما لصاحب الثوب نصفها وخمسها وللغاصب خمسها وعشرها وان انعكس الحال فصار الثوب يساوي في السوق ثلاثة والصبيع سبعة انعكست القيمة فصار لصاحب الصبيع ههنا ما كان لصاحب الثوب في التي قبلها ولصاحب الثوب ما كان لصاحب الصبيع لان زيادة السعر لا تضمن فان أراد الماصب قلم الصبيع فقال أصحابا له ذلك سواء أضر بالثوب أو لم يضر ويضمن نقص الثوب ان نقص وهذا قال الشافعي لانه عين ماله فملك أخذه كمالو غرس في أرض غيره ولم يفرق أصحابنا

وهو بدل الزيادة فاذا ضمن الزيادة مع بقائها ضمنها عند تلفها بخلاف زيادة القيمة لتغير الاسعار فانها لا تضمن مع ردها فكذلك مع تلفها، وقولهم انها انما سقطت مع رد العين لا يصح لانها لو وجبت ما سقطت بالرد كزيادة السبع قال القاضي ولم أجدهن أحمد رواية بانها تضمن باكثر القيمتين لتغير الاسعار فعلى هذا تضمن بقيمتها يوم التلف وقد روي عن أحمد أنها تضمن بقيمتها يوم النصب إلا أن الحلال قال حين أحد عنه كأنه رجع الى القول الاول وقد ذكرناه

(مسئلة) (فان كان مصوغا أو تبرأ تخالف قيمته وزنه قومه بغير جنسه) متى كان المصاغ تزيد قيمته على وزنه أو تنقص والصناعة مباحة كحلي النساء وجب ضمانه بقيمته لكن يقومه بغير جنسه فيقوم الذهب بالفضة والفضة بالذهب لثلا يفضي ذلك الى الربا، وقال القاضي يجوز تقويمه بجنسه لان ذلك قيمته والصناعة لها قيمة بدليل أنه لو استأجره لعملها جاز، ولو كسر الحلي وجب عليه أرش ذلك ويخالف البيع لان الصناعة لا يقابلها العوض في العقود ويقابلها في الاتلاف ألا ترى أنها لا تنفرد بالعقد وتنفرد بضمانها في الاتلاف؟ قال بعض أصحاب الشافعي هذا مذهب الشافعي وذكر بعضهم مثل القول الاول وهو الذي ذكره أبو الخطاب لان القيمة مأخوذة على سبيل العوض فالزيادة ربا كالبيع وكالتقص، وقد قال أحمد في رواية ابن منصور اذا كسر الحلي يصلحه أحب إلي قال القاضي هذا محمول على أنها تراضيا بذلك لا على طريق الوجوب، فان كانت الصناعة محرمة كالاواني وحلي الرجال المحرم

بين ما يهلك صبغه بالقلع وبين ما لا يهلك وينبغي أن يقال ما يهلك بالقلع لا يملك قلعه لانه سفه وظاهر كلام الحرقي أنه لا يمكن من قلعه اذا تضرر الثوب بقلعه لانه قال في المشتري اذا بنى أو غرس في الارض المشفوعة فله أخذه اذا لم يكن في أخذه ضرر وقال أبو حنيفة ليس له أخذه لان فيه اضراراً بالثوب المنصوب فلم يمكن منه كقطع خرقة منه ، وفارق قلم النرس لان الضرر قليل يحصل به نفع قلع العروق من الارض. وان اختار المنصوب منه قلم الصنع ففيه وجهان (أحدها) يملك اجبار الناصب عليه كما يملك اجباره على قلع شجرة من أرضه وذلك لانه شغل مملكته على وجه أمكن تخليصه فلزمه تخليصه وان استضر الناصب كقطع الشجر ، وعلى الناصب ضمان نقص الثوب وأجر القلع كما يضمن ذلك في الارض (والثاني) لا يملك اجباره عليه ولا يمكن من قلعه لان الصنع يهلك بالاستخراج وقد أمكن وصول الحق الى مستحقه بدونه بالبيع فلم يجبر على قلعه كقلم الزرع من الارض ، وفارق الشجر فانه لا يتلف بالقلع ، قال القاضي هذا ظاهر كلام أحمد ولعله أخذ ذلك من قول أحمد في الزرع وهذا مخالف للزرع لان له غاية ينتهي اليها ولصاحب الارض أخذه بنفقته فلا يمتنع عليه استرجاع أرضه في الحال بخلاف الصنع فانه لا نهاية له الا تلف الثوب فهو أشبه بالشجر في الارض ، ولا يختص وجوب القلع في الشجر بما لا يتلف فانه يجبر على قلم ما يتلف وما لا يتلف لأصحاب الشافعي وجهان كهذين ، وان بذل رب الثوب قيمة الصنع للناصب لئلا يملكه لم يجبر على قبوله لانه اجبار على بيع ماله

لم يجز ضمانه بأكثر من وزنه وجها واحداً لان الصناعة لا قيمة لها شرعاً

(مسئلة) (فان كان محلي بالتقدين معاقومه بما شاء منها)

للحاجة وأعطاء بقيمته عوضاً لثلاث بفضي الى الربا ولا يمكن تقويمه إلا بأحدها لانها قيم الاموال فدعت الحاجة الى تقويمها بأحدها وليس أحدهما باولي من الآخر فكانت الحيرة اليه في تقويمه بما شاء منهما ، والدليل على أنه لا يمكن تقويمه إلا بأحد التقدين انه لا يمكن تقويمه بكل واحد منهما منفرداً لعدم معرفة ما فيه منه ولان قيمة الحلية قد تنقص بالتحلية بها وقد تزيد ولا يمكن افرادها بالبيع ولا بغيره من التصرفات وإنما يقوم المحلى كالسيف بان يقال كم قيمة هذا؟ ولو بيع ما كان الثمن الا عوضاً له لان الحلية صارت صفة له وزينة فيه فكانت القيمة فيه موصوفا بهذه الصفة كقيمته في يمينه والله أعلم .

(فصل) وقد ذكرنا ان ما تتماثل أجزاءه وتتقارب كالاتمان والحبوب والادهان يضمن بمثله وهذا لاخلاف فيه ، فأما سائر المكيال والموزون فظاهر كلام أحمد أنه يضمن بمثله أيضاً فانه قال في رواية حرب ما كان من الدراهم والدنانير وما يكال ويوزن فظاهره وجوب المثل في كل مكيل وموزون إلا أن يكون مما فيه صناعة مباحة كعمول الحديد والنحاس والرصاص والصوف والشعر المنزول فانه يضمن بقيمته لان الصناعة تؤثر في قيمته وهي مختلفة فالقيمة فيه أحصر فأشبه غير المكيل والموزون

فلم يجبر عليه كما لو بذل له قيمة الفراس ويحتمل أن يجبر على ذلك اذا لم يقلعه قياساً على الشجر والبناء في الارض المشفوعة والعارية وفي الارض المنصوبة اذا لم يقلعه الفاصب ولا نه أمر برفع به الزراع ويتخلص به أحدهما من صاحبه من غير ضرر فأجبر عليه كما ذكرنا، وان بذل الفاصب قيمة الثوب لصاحبه لملكه لم يجبر على ذلك كما لو بذل صاحب الفراس قيمة الارض لما لكها في هذه المواضع، وان وهب الفاصب الصبيغ لما لك الثوب فهل يلزمه قبوله؟ على وجهين (أحدهما) يلزمه لان الصبيغ صار من صفات العين فهو كزيادة الصفة في المسلم فيه (الثاني) لا يجبر لان الصبيغ عين يمكن افرادها فلم يجبر على قبولها وظاهر كلام الحارقي أنه يجبر لانه قال في الصداق اذا كان ثوباً ففصبه فبذلت له نصفه مصبوغاً لزمه قبوله وان أراد المالك بيع الثوب وأبى الفاصب فله بيعه لانه ملكه فلا يملك الفاصب منعه من بيع ملكه بعدوانه وان أراد الفاصب بيعه لم يجبر المالك على بيعه لانه متعد فلم يستحق ازالة ملك صاحب الثوب عنه بعدوانه ويحتمل أن يجبر ليصل الفاصب الى ثمن صبيغه

(القسم الثاني) أن يفصب ثوباً وصيناً من واحد فيصبغه به فان لم تزد قيمتها ولم تنقص ردهما ولا شيء عليه وإن زادت القيمة فهي للمالك ولا شيء للفاصل ولانه انما له في الصبيغ أثر لا عين وان نقصت بالصبيغ فعلى الفاصب ضمان النقص لانه بتعديده وان نقص لتغير الاسعار لم يضمنه (القسم الثالث) أن يفصب ثوب رجل وصبيغ آخر فيصبغه به فان كانت القيمتان بحالهما فما شريكاً

وذكر القاضي ان النقرة والسبيكة من الأمان والعنب والرطب والكثيرى انما يضمن بقيمتها، وظاهر كلام أحد يدل على ما قلنا وإنما خرج منه ما فيه الصناعة لما ذكرنا ويحتمل ان تضمن النقرة بقيمتها لتعذر وجود مثلها إلا بكسر النقود المضروبة وسبكها وفيه اتلاف

(مسئلة) (وان تلف بعض المنصوب فنقصت قيمة باقية كزوجي خف تلف أحدهما فعليه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص وقيل لا يلزمه أرش النقص)

اذا غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف أو مصراعي باب فتلف أحدهما رد الباقي وقيمة التالف وأرش نقصهما فاذا كانت قيمتهما ستة دراهم، فصارت قيمة الباقي بعد التلف درهمين رده وأربعة دراهم وفيه وجه آخر أنه لا يلزمه الا قيمة التالف مع رد الباقي وهو أحد الوجهين لاصحاب الشافعي لانه لم يتلف غيره ولان نقص الباقي نقص قيمة فلا يضمنه كالتقص لتغير الاسعار .

ولنا أنه نقص حصل بجنايته فلزمه ضمانه كما لو غصب ثوباً فشق ثم تلف أحد الشقين فانه يلزمه رد الباقي وقيمة التالف وأرش النقص ان نقص بخلاف نقص السعر فانه لم يذهب من المنصوب عين ولا معنى وهما فوت معنى وهو امكان الاتفاح به وهذا هو الموجب لنقص قيمته وهو حاصل من جهة الفاصب فينبغي أن يضمنه كما لو فوت بصره أو سمعه أو عقله أو فك تركيب باب ونحوه

بقدر مالها وإن زادت فالزيادة لها وإن نقصت بالصبيغ فالضمان على الغاصب ويكون النقص من صاحب الصبيغ لانه تبدد في اثوب ويرجع به على الغاصب ، وإن نقص لنقص سعر الثياب أو سعر الصبيغ أو لنقص سعرها لم يضمنه الغاصب وكان نقص مال كل واحد منهما من صاحبه وإن أراد صاحب الصبيغ قلعه أو أراد ذلك صاحب الثوب فحكمهما حكم مالو صبغه الغاصب بصبيغ من عنده على ما مر بيانه ، وإن غصب عسلاً ونشأ وعقده حلواء فحكمه حكم مالو غصب ثوباً فصبغه على ما ذكر فيه

(الحكم الثاني) انه متى كان للمنصوب أجر فعلي الغاصب أجر مثله مدة مقامه في يديه سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب ، وهذا هو المعروف في المذهب نص عليه احمد في رواية الاثرم ، وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا يضمن المنافع وهو الذي نصره أصحاب مالك . وقد روى محمد بن الحكم عن احمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجريه أن أقول عليه سكنى ما سكن ، وهذا يدل على توقفه عن إيجاب الأجر إلا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لأن محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بمشرين سنة واحتج من لم يوجب الأجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» رضاهما على الغاصب ولا نه استوفى منفعة بغير عقد ولا شبهة ملك فلم يضمنها كما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا أن كل ما ضمنه بالانلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الانلاف كالأعيان ولا نه أتلف متقوماً فوجب ضمانه كالأعيان أو نقول مال متقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين فاما الخبر فوارد في البيع

(فصل) وإن غصب ثوباً فلبسه فأبلاه فنقص نصف قيمته ثم غلت الثياب فعادت قيمته كما كانت مثل ان غصب ثوباً قيمته عشرة فتقصه لبسه حتى صارت قيمته خمسة ثم زادت قيمته فصارت عشرة رده وأرش نقصه لأن ما تلف قبل غلاء الثوب ثبتت قيمته في الذمة فلا يتغير ذلك بغلاء الثوب ولا رخصه وكذلك لو رخصت الثياب فصارت قيمته ثلاثة لم يلزم الغاصب إلا خمسة مع رد الثوب ولو تلف الثوب كله وقيمته عشرة ثم غلت الثياب فصارت قيمته عشرين لم يضمن إلا عشرة لأنها ثبتت في الذمة عشرة فلا زاد بغلاء الثياب ولا تنقص برخصها

(فصل) فإن غصب ثوباً أو زلياً فذهب بعض أجزائه كخمدل المنشقة فعليه أرش نقصه ، وإن أقام عنده مدة لمثلها أجرة لزمته أجرته سواء استعمله أو تركه ، ولو اجتمعاً مثل أن أقام عنده مدة وذهب بعض أجزائه فعليه ضمانهما معاً الأجرة وأرش النقص سواء كان ذهاب الأجزاء بالاستعمال كثوب ينقصه النسر نقص بنشره وبقي عنده مدة ضمن الأجر والنقص ، وإن كان النقص بالاستعمال كثوب لبسه فأبلاه فكذلك يضمنها معاً في أحد الوجهين والثاني يجب أكثر الأمرين من الأجر أو أرش النقص لأن ما نقص من الأجزاء في مقابلة الأجر ولذلك لا يضمن المستأجر تلك الأجزاء وينخرج لنا مثل ذلك .

ولنا أن كل واحد منها ينفرد بالإيجاب عن صاحبه فإذا اجتمعاً وجباً كما لو أقام في يده مدة ثم

ولا يدخل فيه الغاصب لانه لا يجوز له الاتفاع بالمنصوب بالاجماع، ولا يشبه الزنا لانها رضية باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي عوض فكان بمنزلة من أعاره داره، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الأجرة كالعقار والياب والدواب ونحوها فأما انهم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانه لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضت عليها مدة تمكن الوطء فيها لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تبطل الا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيكون مضي الزمان يتلفها بخلاف المنفعة

(فصل) اذا غصب طعاما فأطعمه غيره فللمالك تضمين أيهما شاء لان الغاصب حال بينه وبين ماله والآكل ألتف مال غيره بغير اذنه وقبضه عن يد ضامنه بغير اذنه مالسكه، فان كان الآكل طالما بالغصب استقر الضمان عليه لكونه ألتف مال غيره بغير اذن طالما من غير تعريض فاذا ضمن الغاصب رجع عليه وإن ضمن الآكل لم يرجع على أحد وان لم يعلم الآكل بالغصب نظرنا فان كان الغاصب قال له كله فانه طعاهي استقر الضمان عليه لاعترافه بأن الضمان باق عليه وانه لا يلزم الآكل شيء. وان لم يقل ذلك ففيه روايتان (احدهما) يستقر الضمان على الآكل وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد لانه ضمن ما ألتف فلم يرجع به على أحد (والثانية) يستقر الضمان على الغاصب لانه غر الآكل وأطعمه على أنه لا يضمنه وهذا ظاهر كلام الحرق في لقوله في المشتري للامة يرجع بالمهر وكل ما غرم على

تلف والاجرة تجب في مقابلة مايقوت من المنافع لا في مقابلة الاجزاء ولذلك يجب الاجر وان لم تقف الاجزاء، وان لم يكن للمنصوب أجرة كثوب غير مخيط فليس على الغاصب الا ضمان نقصه

(فصل) وإن نقص المنصوب عند الغاصب ثم باعه فتلف عند المشتري فله تضمين من شاء منها إذا لم يكن النقص لتغير الاسعار وقد ذكرناه، فان ضمن الغاصب ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين التلف لانه في ضمانه من حين غصبه إلى يوم تلفه وان ضمن المشتري ضمنه قيمته أكثر ما كانت من حين قبضه إلى يوم تلفه لان ما قبل القبض لم يدخل في ضمانه، وان كانت له أجرة فله الرجوع على الغاصب بجميعها وعلى المشتري بأجر مقامه في يديه وبالباقى على الغاصب وقد مر الكلام في رجوع كل واحد منهما على صاحبه

(مسئلة) (وان غصب عبدا قابض أو فرسا فشرده أو شيئا تنذر رده مع بقائه ضمن قيمته فان قدر عليه بعد رده وأخذ القيمة)

وجملته أن من غصب شيئا فعجز عن رده مع بقائه كعبد آبق فالمنصوب منه المطالبة ببدله فاذا أخذه ملكه ولم يملك الغاصب العين المنصوبة بل متى قدر عليه لزمه رده ويسترد بدله الذي أداه وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يستخير المالك بين الصبر إلى امكان ردها فيستردها وبين تضمينه إياها فيزول ملكه عنها وتصبح ملكا للغاصب لا يلزمه ردها إلا أن يكون دفع دون قيمتها فهو له مع

الغاصب ، وأنها استقر عليه الضمان فغرمه لم يرجع على أحد فان غرمه صاحبه رجم عليه ، وان أطعم المنصوب للمالك فأكله عالماً أنه طعامه بريء الغاصب وان لم يعلم وقال له الغاصب كله فانه طعامي استقر الضمان على الغاصب لما ذكرنا وان كانت له يئنة بأنه طعام المنصوب منه ، وان لم يقل ذلك بل قدمه اليه وقال كله أو قال قد وهبتك إياه أو سكت فظاهر كلام أحد أنه لا يبرأ لانه قال في رواية الاثرم في رجل له قبل رجل تبعة فأوصلها اليه على سبيل صدقة أو هدية فلم يعلم فقال كيف هذا؟ هذا يرى أنه هدية يقول له هذا لك عندي ، وهذا يدل على أنه لا يبرأ ههنا بأكل المالك طعامه بطريق الاولى لانه ثم رد إليه يده وسلطانه وههنا بالتقديم اليه لم تعد اليه اليد والسلطان فانه لا يتمكن من التصرف فيه بكل ما يريد من أخذه ويئمه والصدقة به فلم يبرأ الغاصب كما لو علفه لدوابه وبخروج ان يبرأ بناء على ما مضى اذا اطعمه لغير مالك فانه يستقر الضمان على الآكل في احدى الروايتين فيبرأ ههنا بطريق الاولى وهذا مذهب ابي حنيفة ، وان وهب المنصوب للمالك أو اهداه اليه فالصحيح أنه يبرأ لانه قد سلمه اليه تسليماً صحيحاً تاماً وزالت يد الغاصب وكلام أحمد في رواية الاثرم وارد فيها إذا أعطاه عوض حقه على سبيل الهدية فأخذه المالك على هذا الوجه لاعلى سبيل العوض فلم تثبت المعاوضة ومسلتنا فيها إذا رد اليه عين ماله وأعاد يده التي أزالها ، وان باعه إياه وسلمه اليه بريء من الضمان لانه قبضه بالابتاع والابتاع يوجب الضمان ، وإن أقرضه إياه بريء أيضاً لذلك

يعينه لان المالك ملك البدل فلا يبقى ملكه على المبدل كالبيع ولانه تضمن فيما ينقل الملك فيه فنقله كما لو خلط زيت به زيت .

ولنا ان المنصوب لا يصح ملكه بالبيع ههنا فلا يصح بالتضمن كالتلف ولانه ضمن ما تعذر عليه رده بخروجه عن يده فلا يملكه بذلك كما لو كان المنصوب مدبراً وليس هذا جمعاً بين البدل والمبدل لانه ملك القيمة لاجل الحيلولة لا على سبيل العوض ولهذا إذا رد المنصوب اليه رد القيمة عليه ولا يشبه الزيت لانه يجوز بيعه ولان حق صاحبه انقطع عنه لتعذر رده . اذا ثبت ذلك فانه إذا قدر على المنصوب رده ونمائه المتفصل والمتصل وأجر مثله الى حين دفع بدله ، ويجب على المالك رد ما أخذه بدلا عنه الى الغاصب لانه أخذه بالحيلولة وقد زالت فيجب رد ما أخذ من أجلها ان كان باقياً بعينه ورد زيادته المتصلة لأنها تتبع في الفسوخ وهذا فسوخ ولا يلزم منه رد زيادته المتفصلة لأنها وجدت في ملكه ولا تتبع في الفسوخ فأشبهت زيادة المبيع المردود ببيع ، وان كان البدل تالفاً فعليه مثله أو قيمته ان لم يكن من ذوات الامثال .

(مسئلة) (وان غصب عصيراً فتخمر فعليه مثله)

لانه تلف في يده فان صار خلا وجب رده وما نقص من قيمة العصور ويسترجع ما أداه من بدله وقال بعض أصحاب الشافعي رد الخل ولا يسترجع البدل لان العصور تلف بتخميره فوجب ضمانه فان

وان أعاره إياه بريء أيضاً لان العارية توجب الضمان، وان أو دعه إياه أو أجره إياه أو رهنه أو أسلمه عنده ليقتصره أو يعلمه لم يبرأ من الضمان إلا أن يكون حالاً بالحال لانه لم يعد اليه سلطانه إنما قبضه على أنه أمانة وقال بعض أصحابنا يبرأ لانه عاد إلى يده وسلطانه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والاول أولى فانه لو أباحه إياه فأكله لم يبرأ فهنا أولى

(فصل) إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا يثبت لاحدهما فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقيم عليه به حجة كالم ادعى عليه ذمنا فأقر ببعضه وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله كذلك فان شهدت له البيضة بالصفة ثبتت، وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصبح زائدة أو عيب فأنكر المالك فالقول قوله لان الاصل عدم ذلك والقول قول الناصب في قيمته على كل حال، وان اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت زيادته فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب إنما زادت قيمة المتاع بعد تلفه فالقول قول الناصب لان الاصل براءة ذمته، وان شاهدنا العبد معيياً فقال الناصب كان معيياً قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك فالقول قول الناصب لانه غارم ولان الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، وان غصبه خمرأ ثم قال صاحبه تخلل عندك وأنكر الناصب فالقول قوله لان الاصل بقاؤه على ما كان وبراءة الذمة، وان اختلفا في رد المنصوب أورد مثله أو قيمته فالقول قول المالك لان الاصل عدم ذلك واشتغال الذمة به

عاد خلا كان كما لو هزلت الجارية السمينه ثم عاد سمئها فانه يرد لها وأرش نقصها

ولنا ان الخل عين العسير تغيرت صفته وقد رده فكان له استرجاع ما أداء بدلا عنه كما لو غصبه فغصبه منه فاصب ثم رده عليه وكما لو غصب حملا فصار كبشاً، وأما السمن الاول فلنا فيه منع وان سلمنا فالثاني غير الاول بخلاف مسئلتنا

(فصل) اذا غصب أمانة فطالبه مالها بها في بلد آخر وجب ردها اليه لان الاثمان قيم الاموال فلا يضر اختلاف قيمتها، وان كان المنصوب من المتقومات لزم دفع قيمته في بلد الغصب وان كان من المثليات وقيمتها في البلدين واحدة أو هي أقل في البلد الذي لقيه فيه فله مطالبة بعينه لانه لا ضرر على الناصب فيه، وان كانت أكثر فليس له المثل لانا لا نكلفه النقل الى غير البلد الذي غصب فيه وله المطالبة بقيمتها في بلد الغصب، وفي جميع ذلك متى قدر على المنصوب أو المثل في بلد الغصب رده وأخذ القيمة كما لو غصب عبداً فأبقى .

(فصل) قال رضي الله عنه (فان كانت للمنصوب أجرة فعلى الناصب أجرة مثله مدة مقامه في يده سواء استوفى المنافع أو تركها تذهب) هذا المعروف في المذهب نص عليه أحمد في رواية الاثرم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا يضمن المانم وهو الذي نصره أصحاب مالك وقد روى محمد بن الحكم عن أحمد فيمن غصب داراً فسكنها عشرين سنة لا أجترىه أن أقول عليه سكنى ما سكن وهذا يدل على

وان اختلفا في تلفه فادعاء الناصب وأنكره المالك فالقول قول الناصب لانه أعلم بذلك وتعمذر إقامة البينة عليه فاذا حلف فللمالك المطالبة ببطله لانه تعذر رد العين فلزم بدلا كالمصعب عبد أبا بقر وقيل ليس له المطالبة بالبطل لانه لا يدعيه وإن قال غصبت مني حديثا فقال بل عتيقا فالقول قول الناصب لان الاحمل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه

(فصل) واذا باع عبدا فادعى انسان على البائع أنه غصبه العبد وأقام بذلك بينة انتقض البيع ورجع المشتري على البائع بضمنه وان لم تكن بينة فأقر البائع والمشتري بذلك فهو كالموفاة به بينة وان أقر البائع وحده لم يقبل في حق المشتري لانه لا يقبل اقراره في حق غيره ولزمت البائع قيمته لانه حال يده وبين ملكه ويقر العبد في يد المشتري لانه ملكه في الظاهر وللبائع اخلافه ثم ان كان البائع لم يقبض الثمن فليس له مطالبة المشتري به لانه لا يدعيه ويحتمل أن يملك مطالبته بأقل الامرين من الثمن أو قيمة العبد لانه يدعي القيمة على المشتري والمشتري يقر له بالثمن فقد اتفقا على استحقاق أقل الامرين فوجب ولا يضر اختلافهما في السبب بمداتفاقهما على حكمه كالموفاة لي عليك الف من ثمن مبيع فقال بل الف من قرض، وان كان قد قبض الثمن فليس للمشتري استرجاعه لانه لا يدعيه ومتى عاد العبد الى البائع بفسخ أو غيره وجب عليه رده على مدعيه وله استرجاع ما أخذ منه وان كان اقرار البائع في مدة الخيار له انفسخ البيع لانه يملك فسخه فقبل اقراره بما يفسخه، وان أقر المشتري وحده لم يرد العبد ولم يقبل اقراره

توقفه عن إيجاب الاجر الا أن أبا بكر قال هذا قول قديم لان محمد بن الحكم مات قبل أبي عبد الله بمشربين سنة. واحتج من لم يوجب الاجر بقول النبي ﷺ «الخراج بالضمان» وضمانها على الناصب ولانه استوفى منفعته بغير عقد ولا شبهة ملك أشبه ما لو زنا بامرأة مطاوعة

ولنا ان كل ما ضمنه بالاتلاف في العقد الفاسد جاز أن يضمنه بمجرد الاتلاف كالايمان ولانه أتلف متقوما فوجب ضمانه كالايمان أو نقول مال متقوم منصوب فوجب ضمانه كالعين وأما الخبر فوارد في البيع ولا يدخل فيه الناصب لانه لا يجوز له الاتفاع بالمنصوب بالاجماع ولا يشبه الزنا لانها وضيت باتلاف منافعها بغير عوض ولا عقد يقتضي العوض فكان بمنزلة من أعاره دارا، ولو أكرها عليه لزمه مهرها، والخلاف فيما له منافع تستباح بعقد الاجارة كالقار والتياب والدواب ونحوها فاما الغنم والشجر والطير ونحوها فلا شيء فيها لانها لا منافع لها يستحق بها عوض، ولو غصب جارية ولم يطأها ومضى عليها زمن يمكن الوطء فيه لم يضمن مهرها لان منافع البضع لا تتلف إلا بالاستيفاء بخلاف غيرها ولانها لا تقدر بزمن فيتلفها مضي الزمن بخلاف المنفعة، ولو أطرق الفحل لم يضمن منفعته لانه لا عوض له لكن عليه ضمان نفسه

(مسئلة) (وان تلف المنصوب فعليه أجرته الى وقت تلفه) لانه بعد التلف لم يبق له منفعة فلم

يجب ضمانها كما لو أتلفه من غير غصب

على البائع ولا يملك الرجوع عليه بالثمن ان كان قبضه ويلزمه دفعه عليه ان كان لم يقبضه، وان أقام المشتري بيئة بما أقر به قبلت وله الرجوع بالثمن، وان أقام البائع بيئة اذا كان هو المقر نظرنا فان كان في حال البيع قال بعثك عبدي هذا أو ملكي لم تقبل بيئته لانه يكذبها وتكذبه وان لم يكن قال ذلك قبلت لانه يبيع ملكه وغير ملكه، وان أقام المدعي البيئة سمعت ولا تقبل شهادة البائع له لانه يجر بها الى نفسه نفعا وان انكره جميعا فله احوالها ان لم تكن له بيئة قال أحد في رجل يجد سرقة بمنها عند انسان قال هو ملكه يأخذه اذهب الى حديث سمرة عن النبي ﷺ «من وجد متاعه عند رجل فهو أحق به ويتبع المتاع من باعه» رواه هشيم عن موسى بن السائب عن قتادة عن الحسن عن سمرة وموسى بن السائب ثقة (فصل) وان كان المشتري أعتق العبد فأقرا جميعاً لم يقبل ذلك وكان العبد حراً لانه قد تعلق به حق لغيرهما فان وافقهما العبد فقال القاضي لا يقبل أيضاً لان الحرية يتعلق بها حق الله تعالى ولهذا لو شهد شاهدان بالعتق مع اتفاق السيد والعبد على الرق سمعت شهادتهما، ولو قال رجل أنا حر ثم أقر بالرق لم يقبل اقراره وهذا مذهب الشافعي ويحتمل أن يبطل العتق اذا اتفقوا كلهم ويعود العبد الى المدعي لانه مجهول النسب أقر بالرق لمن يدعيه فصح كما لو لم يعتقه المشتري، ومتى حكمنا بالحرية فللمالك تضمين أيهما شاء قيمته يوم عتقه ثم ان ضمن البائع رجعه على المشتري لانه أثلفه وان رجعه على المشتري لم يرجع على البائع الا بالثمن لان التلف حصل منه فاستقر الضمان عليه، وان مات العبد

(مسئلة) (وان غصب شيئاً فمجزع عن رده فأدى قيمته فعليه أجرته الى وقت أداء القيمة)

لان منافعه الى وقت أداء القيمة مملوكة لصاحبه فلزمه ضمانها وهل يلزمه أجره من حين دفع بدله الى رده؟ فيه وجهان أصحهما لا يلزمه لانه استحق الانتفاع ببذله الذي أقيم مقامه فلم يستحق الانتفاع به وبما قام مقامه والثاني له الاجر لان العين باقية على ملكه والمنفعة له

(فصل) وتصرفات الناصب الحكيمة كالبيع والعتق والبيع والنكاح ونحوها باطلة في احدى الروايتين والاخرى صحيحة) تصرفات الناصب كتصرف الفضولي وفيه روايتان أظهرهما بطلانها والثانية صحتها ووقوفها على إجازة المالك وذكر شيخنا في الكتاب المشروح رواية أنها تقع صحيحة وذكره أبو الخطاب وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والصلاة والزكاة والحج والعتق كالبيع والاجارة والنكاح وهذا ينبغي أن يتقيد في العتق بما لم يبطله المالك، فاما ما اختار المالك ابطاله وأخذ المعقود عليه فلا نعلم فيه خلافاً وأما ما لم يدركه المالك فوجه التصحيح فيه ان الناصب تطول مدته وتكثر تصرفاته ففي القضاء يبطلانها ضرر كثير وربما عاد الضرر على المالك فان الحكم بصحتها يقتضي كون الربح للمالك والعوض نوائمه وزيادته له والحكم ببطلانها يمنع ذلك

(مسئلة) (وان أجز بالدرهم فالربح للمالك)

اذا غصب أثماً فأنجزها أو عروضاً فباعها وأنجز بثمنها فقال أصحابنا الربح للمالك والسلع

وخلف مالا فهو للمدعي لا تقاومهم على أنه له وإنما منشا رد العبد اليه لتعلق حق الحرية به الا أن يخلف وارثاً فيأخذه ولا يثبت الولاء عليه لاحد لانه لا يدعيه أحد وان صدق المشتري البائتم وحده رجع عليه بقيمته ولم يرجع المشتري بالثمن وبقيّة الاقسام على ما مضى

(فصل) واذا باع عبداً أو وهبه ثم ادعى اني فعلت ذلك قبل أن أملكه وقد ملكته الآن بغيره أو هبة من ماله فيلزملك رده علي لان البيع الاول والهبة باطلان وان أقام بذلك بينة نظرت فان كان قال حين البيع والهبة هذا ملكي أو بعثك ملكي هذا وكان في ضمنه اقرار بأنه ملكه نحو أن يقول قبضت ثمن ملكي أو أقبضته ملكي ونحو ذلك لم تقبل البينة لانه مكذب لما وهي تكذبه وان لم يكن كذلك قبلت الشهادة لان الانسان يبيع ويهب ملكه وغير ملكه

(فصل) اذا جنى العبد المنصوب جنابة أوجبت القصاص فاقص منه فضائه على الغاصب لانه قد تلف في يديه فان عني عنه على مال تعلق ذلك برقبته وضمان ذلك على الغاصب لانه نقص حدث في يده فلزمه ضمانه لان ضمان العبد ونقصه على سيده، وبضمنه بأقل الامرين من قيمته أو أرش جنابته كما يفديه سيده، وان جنى على مادون النفس مثل أن قطع يداً فقطعت يده قصاصاً فعلى الغاصب ما نقص العبد بذلك دون ارش اليد لان اليد ذهبت بسبب غير مضمون فأشبه ما لو سقطت وان عني عنه على مال تعلق ارش اليد برقبته وعلى الغاصب أقل الامرين من قيمته أو ارش اليد فان زادت جنابة العبد على قيمته ثم إنه مات فعلى الغاصب قيمته يدفعها الى سيده فاذا أخذها تعلق ارش الجنابة بها لانها المشتراة له وقال الشريف أبو جعفر وأبو الخطاب ان كان الشراء بعين المال فالربح للمالك لانه تمام ملكه قال الشريف وعن أحمد أنه يتصدق به لوقوع الخلاف فيه

(مسئلة) (وان اشترى في ذمته ثم بقدها احتل ان يكون الربح للغاصب)

وكذلك ذكره أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي لانه اشترى لنفسه في ذمته فكان الشراء له والربح له، وعليه بدل المنصوب وهذا قياس قول الحرقي وذكر ذلك عن أحمد واحتمل أن يكون للمالك لانه تمام ملكه أشبه ما لو اشترى بعين المال وهذا المشهور في المذهب وقال صاحب المحرر اذا اشترى في ذمته بنية نقدها لثلاث يتخذ ذلك طريقاً الى غصب مال الغير والتجارة به وان خسر فهو على الغاصب لانه نقص حصل في المنصوب، وان دفع المال الى من يضارب به فالحكم في الربح على ما ذكرنا وليس على المالك من أجر العامل شيء لانه لم يأذن له في العمل في ماله وان كان المضارب عالماً بالنصب فلا أجر له لانه متعد بالعمل ولم يقره أحد وان لم يعلم فعلى الغاصب أجر مثله لانه استعمله عملاً بمعوض لم يحصل له فلزمه أجره كالمقد الفاسد

(فصل) وان أجر الغاصب المنصوب فالاجارة باطلة في احدى الروايات كالبيع والمالك تضمن أيها شاء أجر المثل فان ضمن المستأجر لم يرجع بذلك لانه دخل في العقد على أنه يضمن المنفعة (المغني والشرح الكبير) (٥٦) (الجزء الخامس)

كانت متعلقة بالعبد فتعلقت ببذله كما أن الرهن إذا أتلّفه متلف وجبت قيمته وتعلق الدين بها، فإذا أخذ ولي الجناية القيمة من المالك رجع المالك على الناصب بقيمة أخرى لأن القيمة التي أخذها استحققت بسبب كان في يد الناصب فكانت من ضمانه، ولو كان العبد وديعة فخني جناية استغرقت قيمته ثم إن المودع قتله بعد ذلك وجبت عليه قيمته وتعلق بها أرش الجناية فإذا أخذها ولي الجناية لم يرجع على المودع لأنه جنى وهو غير مضمون عليه ولو أن العبد جنى في يد سيده جناية تستغرق قيمته ثم غصبه ناصب فخني في يده جناية تستغرق قيمته يبيع في الجنائين وقسم ثمنه بينهما ورجع صاحب العبد على الناصب بما أخذه الثاني منها لأن الجناية كانت في يده وكان للجنيني عليه أولاً أن يأخذه دون الثاني لأن الذي يأخذه المالك من الناصب هو عوض ما أخذه الجنيني عليه ثانياً فلا يتعلق به حقه ويتعلق به حق الأول لأنه بدل عن قيمة الجنائي لا يزاحم فيه فإن مات هذا العبد في يد الناصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على الناصب نصف القيمة لأنه ضامن للجناية الثانية ويكون للجنيني عليه أولاً أن يأخذه لما ذكرناه

(مسئلة) قال (من أتلّف لذمي خمرًا أو خنزيرًا فلا غرم عليه وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظرونه)

ويسقط عنه المسمى في العقد وإن كان دفعه إلى الناصب رجع به وإن تلفت العين في يد المستأجر فلما لكها تضمين من شاء منها قيمتها فإن ضمن المستأجر رجع بذلك على الفارم لأنه دخل معه على أنه لا يضمن العين ولم يحصل بدل في مقابلة ما غرم، وإن كان غلاماً بالنصب لم يرجع على الناصب لأنه دخل على بصيرة وحصل التلف في يده فاستقر الضمان عليه فإن ضمن الناصب الأجر والقيمة رجع بالأجر على المستأجر علم أو لم يعلم ويرجع بالقيمة إن كان المستأجر علم بالنصب وهذا قول الشافعي ومحمد بن الحسن في هذا الفصل وحكي عن أبي حنيفة أن الأجر للناصب دون صاحب الدار وهو فاسد لأن الأجر عوض المنافع المملوكة لرب الدار فلم يملكها الناصب كعوض الأجزاء

(مسئلة) (وان اختلفا في قيمة المنصوب أو قدره أو صناعة فيه فالقول قول الناصب)

إذا اختلف المالك والناصب في قيمة المنصوب ولا بينة فالقول قول الناصب لأن الأصل براءة ذمته فلا يلزمه ما لم يقم عليه حجة كما لو ادعى عليه ديناً فأقر ببعضه وكذلك إن اختلفا في قدره فقال غصبتني مائة قال بل خمسين لما ذكرنا وكذلك إن قال المالك كان كاتباً أو له صناعة فأنكر الناصب فالقول قوله لذلك فإن شهدت البيّنة بالصفة ثبتت

(مسئلة) (وان اختلفا في رده أو عيب فيه فالقول قول المالك)

لأن الأصل عدم الرد وبقاؤه في يد الناصب وإن قال الناصب كانت فيه سلعة أو أصعب زائدة أو عيب

وجملة ذلك أنه لا يجب ضمان الخمر والخنزير سواء كان متلفه مسلماً أو ذمياً لمسلم أو ذمي نص عليه أحد في رواية أبي الحارث في الرجل يهريق مسكراً مسلماً أو لذمي خمرأً فلا ضمان عليه ، وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة ومالك يجب ضمانها إذا أتلفها على ذمي قال أبو حنيفة إن كان مسلماً بالقيمة وإن كان ذمياً بالمثل لأن عقد الذمة إذا عصم عينا قومها كنفس الآدمي وقد عصم خمر الذمي بدليل أن المسلم يمنع من إتلافها فيجب أن يقومها ولأنها مال لهم يتمولونها بدليل ما روي عن عمر رضي الله عنه أن عامله كتب إليه إن أهل الذمة يعمرون بالعاشر ومعهم الخمر فكتب إليه عمر: ولومهم بيها وخذوا منهم عشر ثمنها، وإذا كانت مالا وجب ضمانها كسائر أموالهم

ولنا أن جابر روى أن النبي ﷺ قال «ألا إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام» متفق على صحته وما حرم بيعه لا حرمة لم نجب قيمته كالميتة، ولأن مالم يكن مضموناً في حق المسلم لم يكن مضموناً في حق الذمي كالمترد ولأنها غير متقومة فلا تضمن كالميتة، ودليل أنها غير متقومة أنها غير متقومة في حق المسلم فكذلك في حق الذمي فإن تحريرها ثبت في حقها وخطاب اتواهي يتوجه اليها فما ثبت في حق أحدها ثبت في حق الآخر، ولا نسلم أنها معصومة بل متى أظهرت حلت أراقها ثم لو عصمها مالزم تقويمها فإن نساء أهل الحرب وصبيانهم معصومين غير متقومين ، وقولهم أنها مال عندهم ينتقض بالبعد المترد فانه مال عندهم، وأما حديث عمر فمحمول على أنه أراد ترك التعرض لهم وإنما أمر بأخذ

وأنكر المالك قال قول قوله لأن الأصل عدم ذلك، وإن اختلفا بعد زيادة قيمة المنصوب في وقت الزيادة فقال المالك زادت قبل تلفه وقال الناصب بعد تلفه قال قول قول الناصب لأن الأصل براءة ذمته وإن شاهدنا العبد معينا فقال الناصب كان معينا قبل غصبه وقال المالك تعيب عندك قال قول الناصب لانه غارم ولأن الظاهر أن صفة العبد لم تتغير، ويتخرج أن القول قول المالك كما إذا اختلف البائع والمشتري في العيب هل كان عند البائع أو حدث عند المشتري؟ فإن فيه رواية أن القول قول البائع كذلك هذا ، وإن غصبه خراً فقال المالك تخلل عندك وأنكر الناصب قال قول قوله لأن الأصل عدم تغيره وبراءة ذمة الناصب، وإن اختلفا في تلفه قال قول قول الناصب إذا ادعى التلف لانه أعلم بذلك ويتعذر إقامة البينة عليه فإذا حلف فللمالك المطالبة ببطله لانه تعذر رد العين فلزم بدله كما لو غصب عبداً فابق وقيل ليس له المطالبة بالبطل لانه لا يدعيه ، وإن قال غصبت مني حديثاً قال بل عتيقاً قال قول الناصب لأن الأصل عدم وجوب الحديث وللمالك المطالبة بالعتيق لانه دون حقه، وإن اختلفا في الثياب التي على العبد فهي للناصب لأنها في يده فكان القول قوله فيها ولم يثبت أنها كانت لمالك العبد

(مسئلة) (وإن بقيت في يده غصوب لا يعلم أربابها تصدق بها عنهم بشرط الضمان كاللقطه)

لانه عاجز عن ردها على أصحابها فإذا تصدق بها عنهم كان ثوابها لأربابها فيسقط ذلك اثم غصبها ولأن قضاء الحقوق في الآخرة بالחסنات وحمل السيئات فإذا طلب منه عوض الغصب أحاطهم بثواب الصدقة

عثر آثامها لأنهم إذا تبايعوا وتقابضوا حكنا لهم بالملك ولم تنقضه وتسميتها آثاماً مجاز كما سمي الله تعالى
 ثمن يوسف ثمناً فقال (وشروه بثمن بخس) وأما قول الحرقي وينهى عن التعرض لهم فيما لا يظهر وانه فلان
 كل ما اعتقدوا حله في دينهم مما لا أذى للمسلمين فيه من الكفر وشرب الخمر وأخذها ونكاح ذوات
 المحارم لا يجوز لنا التعرض لهم فيه إذا لم يظهره لاننا التزمنا إقرارهم عليه في دارنا فلا نعرض لهم
 فيما التزمنا تركه، وما أظهره من ذلك تعين إنكاره عليهم فان كان خيراً جازت إرافته، وإن أظهره
 صلياً أو ظنبوراً جاز كسره، وإن أظهره كفرهم أدبوا على ذلك، ويمنعون من إظهار
 ما يحرم على المسلمين.

(فصل) وان غصب من ذمي خيراً لزمه ردها لانه يقر على شربها وإن غصبها من مسلم لم يلزم
 ردها ووجبت إرافتها لان أباطحة سأل رسول الله ﷺ عن أيتام وروثوا خيراً فأمره بإرافتها، وإن
 أنلفها أو تلفت عنده لم يلزمه ضمانها لان ابن عباس روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « إن
 الله إذا حرم شيئاً حرم ثمنه ولان ما حرم الانتفاع به لم يجب ضمانه كالميتة والدم، فان أمسكها في يده حتى
 صارت خلا لزم ردها على صاحبها لأنها صارت خلا على حكم ماله فله ردها اليه فان تلفت ضمانها له
 لأنها مال المنصوب منه تلف في يد الغاصب، وإن أرافها فجمعها انسان فتخللت عنده لم يلزمه رد الحل
 لانه أخذها بعد إتلافها وزوال اليد عنها.

وعنه في اللقطة لا يجوز الصدقة بها فيخرج ههنا مثله فعلى هذا له دفعه الى نائب الامام كالضوال
 (فصل) قال رضي الله عنه (ومن أنلف مالا محترماً لغيره ضمنه اذا كان بغير اذنه لا تعلم في ذلك خلافاً)
 لانه فوته عليه فوجب عليه ضمانه كما لو غصبه فتلف عنده.

(مسئلة) (وان فتح قفصاً عن طائر فطار أو حل قيد عبده أو رباط فرسه فذهبت ضمنه)
 وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لا ضمان عليه الا أن يكون اهاجها حتى ذهباً وقال أصحاب
 الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهباً لم يضمنها وان ذهباً عقيب ذلك ففيه قولان. واحتجaban
 لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن الفاتح سبب غير ملجئ فاذا اجتمع لم يتعلق الضمان بالسبب
 كما لو حفر بئراً فجاء عبد لانيان فرمى نفسه فيها

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نفره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة انما
 حصلت ممن لا يمكن احالة الحكم عليه فيسقط كما لو نفر الطائر وأهاج الدابة واشلى كلباً على صبي فقتله
 أو أطلق ناراً في متاع انسان فان لتار فعلاً لكن لما لم يمكن احالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه
 ولان الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وانما يبقى بالمانع فاذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه
 على من أزال المانع كن قطع علاقة قنديل فوق فانكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير
 فأفلس لانه تلف بسبب فعله فأما ان فتح القفص وحل القرم فبقيا وانفني فجاء انسان فنفرها فذهب

(فصل) وإن غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده لأنه يجوز الانتفاع به واقتناؤه فأشبه المال وإن أتلفه لم يغرمه وإن حبسه مدة لم يلزمه أجر لأنه لا يجوز أجارته، وإن غصب جلد ميتة فهل يجب رده ؟ على وجهين بناء على الروايتين في طهارته بالدبغ فمن قال بطهارته أوجب رده لأنه يمكن إصلاحه فهو كالثوب النجس ، ومن قال لا يطهر لم يوجب رده لأنه لا سبيل إلى إصلاحه فإن أتلفه أو أتلف ميتة يجلدونها لم يضمنه لأنه لا قيمة له بدليل أنه لا يحل بيعه ، وإن دونه الغاصب لزم رده إن قلنا بطهارته لأنه كالخمر إذا تخللت ، ويحتمل أن لا يجب رده لأنه صار مالا بفعله بخلاف الخمر وإن قلنا لا يطهر لم يجب رده لأنه لا يباح الانتفاع به ويحتمل أن يجب رده إذا قلنا يباح الانتفاع به في اليابسات لأنه يحس يباح الانتفاع به أشبه الكلب وكذلك قبل الدبغ .

(فصل) وإن كسر صلياً أو مزمراً أو طنبوراً أو صنماً لم يضمنه وقال الشافعي إن كان ذلك إذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لنفع مباح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لأنه أتلّف بالكسر ما له قيمة وإن كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يلزمه ضمانه وقال أبو حنيفة يضمن

فالضمان على منفردا لان سببه أخص فاخص الضمان به كالدافع مع الحافر ، وإن وقع طائر انسان على جدار ففقره انسان فطار لم يضمنه لان تنفيره لم يكن سبب فواته فانه كان متمتاً قبل ذلك ، وإن رماه فقتله ضمنه وإن كان في داره لأنه كان يمكنه تنفيره بغير قتله وكذلك لو مر طائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لأنه لا يملك منع الطائر من هواء الدار فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(مسألة) (وإن حل وكاه زق مائع أو جامد فاذا ابتته الشمس أو بقي بعد حله فألقته الريح فاندفق ضمنه) إذا حل وكاه زق مائع فاندفق أو كان جامداً فذاب بشمس أو سقط بريح أو زلزلة ضمنه سواء خرج في الحال أو قليلاً أو خرج منه شيء بل أسلفه فسقط أو ثقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلاً قليلاً حتى سقط لأنه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن إذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وبه قال أصحاب الشافعي ، ولهم فيما إذا ذاب بالشمس وجهان قالوا لأن فعله غير ملجئ والمغني الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه انسان

ولنا إن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلاً قليلاً وكما لو جرح انساناً فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فإنه يضمن وأما إذا دفعه إنسان فإن التدخل بينهما مباشرة من يمكن الإحالة عليه بخلاف مسئلتنا

(مسألة) (وإن ربط دابة في طريق فأثافت أو اقتنى كلباً عقوراً فقروا أو خرق ثوباً ضمن) إذا أوقف الدابة في طريق ضيق ضمن ما جنت بيد أو رجل أو فم لأنه متعد بوقفها فيه وإن كان الطريق واسعاً ضمن في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأن انتفاعه بالطريق مشروط بالسلامة ولذلك لو ترك في الطريق طيناً فرلق به إنسان ضمنه والثانية لا يضمن لأنه غير متعد بوقفها في الطريق

ولنا أنه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة، والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم «ان الله حرم بيع الحمر والميتة والخزير والاصنام» متفق عليه، وقال النبي صلى الله عليه وسلم «بعت بمحق القينات والمعازف»

(فصل) وان كسراية من ذهب أو فضة لم يضمنها لان انحاذها محرم وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن أحمد أنه يضمن فان منها نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريقاً فضة عليه قيمته بصوغه، كما كان، قيل له أليس قد نهى النبي ﷺ عن انحاذها؟ فسكت، والصحيح أنه لا ضمان عليه نص عليه أحمد في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه ألتف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة، ورواية منها تدل على أنه رجع عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل تحريمه ولان في هذه الرواية انه قال يصوغه ولا يحل له صناعته فكيف يجب ذلك.

(فصل) وان كسراية الحمر ففيها روايتان (احدهما) يضمنها لانه مال يمكن الانتفاع به ويحل

الواسع فلم يضمن كما لو وقفها في موات وفارق الطين فانه متعدد بتركه في الطريق وأما الكلب فيلزمه ضمان ما ألتف لانه تعدى بذلك فلزمه الضمان كما لو بنى في الطريق دكانا

(مسئلة) (الا أن يكون دخل منزله بغير إذنه لانه متعدد بالدخول فقد تسبب الى اتلاف نفسه بجنايته، وان دخل باذن المالك فمليه ضمانه لانه تسبب الى اتلافه فان ألتف الكلب بغير العقر مثل ان ولع في إناء إنسان أو بال لم يضمنه لان هذا لا يختص الكلب العقور قال القاضي وان اقتنى سنوراً يأكل أفراخ الناس ضمن ما ألتفه كالكلب العقور، ولا فرق بين الليل والنهار فان لم تكن له عادة بذلك لم يضمن صاحبه جنايته كالكلب الذي ليس بعقور ولو ان الكلب العقور أو السنور حصل عند إنسان من غير اقتنائه ولا اختياره فأفسد لم يضمنه لانه لم يحصل الاتلاف بتسببه فان اقتنى حماماً أو غيره من الطير فأرسله نهاراً فلقط حياً لم يضمنه لان العادة ارساله

(مسئلة) (وقيل في الكلب روايتان في الجملة) (احدهما) يضمن سواء كان في منزل صاحبه أو خارجاً وسواء دخل باذن صاحب المنزل أو بغير إذنه لان اقتناء الكلب العقور سبب للعقر وأذى الناس فضمن صاحبه كمن ربط دابة في طريق ضيق (والثانية) لا يضمن لقوله عليه الصلاة والسلام «جرح العجاء جبار» ولانه ألتف من غير أن تكون يد صاحبه عليه أشبه سائر البهائم

(مسئلة) (وان أجاج ناراً في ملكه أو سقى أرضه فتعدى الى ملك غيره فالتلفه ضمن اذا كان قد أسرف فيه أو فرط والا فلا)

وجملته أنه اذا فعل ذلك لم يضمن اذا كان ما جرت به العادة من غير تفريط لانه غير متعد ولاها سراية فعل مباح فلا يضمن كسراية القود، وفارق من حل وكاء زق فاندفق لانه متعد بجعله ولان الغالب خروج المانع من الزق المفتوح بخلاف هذا، فان كان بتفريط منه أو اسراف بان أجاج ناراً تسري

بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولأن جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالبيت الذي جعل مخزناً للخمر (والثانية) لاتضمن لما روى الامام احمد في مسنده « حدثنا أبو بكر بن أبي مرجم عن ضمرة ابن حبيب قال: قال عبد الله بن عمر أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن آتية بمدينة وهي الشفيرة فأتيته بها فأرسل بها فأرهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج بأصحابه الى أسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فأخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بمحضرة كلها وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الأسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته ففعلت فلم أترك في أسواقها زقاً الا شققته. وروي عن أنس قال كنت أسقي أباطلحة وأبي بن كعب واباعبيدة شراباً من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال أبوطلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها. وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات

في العادة لكثرتها أو في ربيع شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والارض التي فتح الماء فيها لانها سرابة عدوان أشبهت سرابة الجرح الذي تعدى به ولذلك إن يبست النار أغصان شجرة غيره يضمن لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمن لان دخولها اليه غير مستحق فلا يمنع من الصرف في داره لحرمتها ومذهب الشافعي كما ذكرنا في هذا الفصل .

(فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده أشبهت اللقطة فان لم يعرف صاحبه فهو لقطة يثبت فيها أحكامها وان عرف صاحبه لزمه إعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه أمسك مال غيره بغير إذنه من غير تعريف فهو كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا إعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه إلا أن يكون غير ممتنع فهو كالثوب وان دخل برجه فأغلق عليه الباب ناوياً إمساكه لنفسه ضمنه لانه أمسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب وإلا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمناً لتصرفه الذي لم يتعد فيه

﴿ مسألة ﴾ (وان حفر في فئانه بئراً لنفسه ضمن ما تلف به ، والفناء ما كان خارج الدار قريباً منها) إذا حفر في الطريق بئراً لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها باذن الامام أو بغير إذنه وسواء كان فيها ضرر أولا وقال أصحاب الشافعي ان حفرها باذن الامام لم يضمن لان للامام أن يأذن في الاتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز ان يأذن في القمود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في مكان مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن فيه الامام ولا نسلم أن للامام الاذن في هذا وإنما جاز الاذن في القمود لانه لا يدوم ويمكن إزالته في الحال اشبه القمود في المسجد ولان القمود جائز من غير اذن الامام بخلاف الحفر

(فصل) ولا يثبت النصب فيما ليس بمال كالحجر فإنه لا يضمن بالنصب إنما يضمن بالانتلاف وان أخذ حراً فحبسه فمات عنده لم يضمنه لأنه ليس بمال، وإن استعمله مكرهاً لزمه أجر مثله لأنه استوفى منافعه وهي مقومة فلزمه ضمانها كمنافع العبد وإن حبسه مدة لثانها أجر ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه أجر تلك المدة لأنه فوت منفعته وهي مال يجوز أخذ العوض عنها فضمنت بالنصب كمنافع العبد ، (والثاني) لا يلزمه لأنها تابعة لما لا يصح غصبه فأشبهت ثيابه إذا بليت عليه وإطرافه ولأنها تلفت تحت يديه فلم يجب ضمانها كما ذكرنا، ولو منعه العمل من غير حبس لم يضمن منافعه وجهاً واحداً لأنه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن منافعه فالحر أولى ولو حبس الحر وعليه ثياب لم يلزمه ضمانها لأنها تابعة لما لم تثبت اليد عليه في النصب وسواء كان كبيراً أو صغيراً وهذا كله مذهب أبي حنيفة والشافعي

﴿مسئلة﴾ (وان حفرها في سابلة لنفع المسلمين لم يضمن في أصح الروايتين)

مثل أن يحفرها لينزل فيها ماء المطر أو ليشرب منه المارة ونحو هذا فلا يضمن لأنه محسن بفعله غير متعد أشبه بأسط الخصير في المسجد، وقال بعض أصحابنا لا يضمن إذا كان باذن الامام وان كان بغير اذنه لم يضمن في إحدى الروايتين فان أحمد قال في رواية اسحاق بن ابراهيم إذا أحدث بئراً لماء المطر فيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن واثنائية يضمن أو ما إليه أحمد لأنه أقتات على الامام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية ، والصحيح الاول لان هذا مما تدعو الحاجة اليه ويشق استئذان الامام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب الاستئذان فيه تقويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة الاستئذان والحفر معاً فتضيع هذه المصلحة فوجب سقوط الاستئذان كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في المسجد أو وضع سراج أو رم شمت وأشباه ذلك، وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بني بناء يضر لكونه في طريق ضيق أو واسع إلا أنه يضر بالمارة أو بناء لنفسه ضمن ما تلف به وسواء في ذلك كله اذن الامام وعدم الاذن قال شيخنا ويحتمل ان يعتبر اذن الامام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لان الحفر تدعو الحاجة اليه لنفع الطريق واصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فحفرها مجرى تبقيتها وحفر هدفه منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصى في حفرة فيها ليسهلها، ويمسكها بازالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقية فيها ووضع حجر في طين فيها ليطأ الناس عليها فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا نعلم فيه خلافاً وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر اذن الامام فيها لان مصلحته لانهم بخلاف غيره قال بعض أصحابنا في حفر البئر ينبغي أن يتقيد سقوط الضمان إذا حفرها في مكان مائل عن القارعة وجعل عليه حاجزاً يعلم به ليتوقى

(فصل) وان حفر العبد بئراً في ملك لسان بغير اذنه أو في طريق يتضرر به ثم اعتق ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة الضمان على السيد لان الجناية بالحفر

(فصل) وأم الولد مضمونة بالنصب وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد ، وقال أبو حنيفة لا تضمن لان أم الولد لا تجري مجرى المال بدليل انه لا يتعلق بها حق الذماء فأشبهت الحر ولنا ان ما يضمن بالقيمة يضمن بالنصب كالقن ولانها مملوكة فأشبهت المدبرة وفارقت الحرية فلها ليست مملوكة. ولا تضمن بالقيمة

(فصل) واذا فتح قفصا على طائر فطار ، او حل دابته فذهبت ضمنها وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والشافعي لاضمان عليه الا ان يكون اهاجها حتى ذهابا ، وقال اصحاب الشافعي ان وقفا بعد الحل والفتح ثم ذهابا لم يضمنها وان ذهابا عقيب ذلك ففيه قولان واحتجا بأن لها اختياراً وقد وجدت منها المباشرة ومن القاتح سبب غير ملجي. فاذا اجتمعا لم يتعلق الضمان بالسبب كما لو حفر بئراً فجاء عبد لالسان فرمى نفسه فيها

في حال رقه فكان ضمان جنايته حينئذ على سيده ولا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا ان التلف الموجب للضمان وجد بعد العتق فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفاً في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لان الاتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الاسباب التي يجب بها الضمان

(مسئلة) (وان بسط في مسجد حصيرا أو علق فيه قنديلا أو سقفه أو نصب عليه باباً أو جعل فيه رقا لينتفع به الناس فتلف به شيء فلا ضمان عليه) وقال اصحاب الشافعي ان فعل شيئاً من ذلك بشيئ من الامام ضمن في أحد الوجهين وقال أبو حنيفة يضمن اذا لم يأذن فيه الجيران ولنا أن هذا فعل أحسن به ولم يمتد فيه فلم يضمن ما تلف به كما لو أذن فيه الامام والجيران ولانه فعل ما ينتفع به المسلمون غالباً فلم يضمن كمن مهد الطريق ولان هذا مأذون فيه عرفاً لان العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يضمن فاعله كالماذون فيه لطلقاً

(مسئلة) (وان جلس في مسجد أو طريق واسع فعثر به حيوان فتلف لم يضمن في أحد الوجهين) لانه جلس في مكان له الجلوس فيه من غير تعد على أحد، وفي الآخر يضمن لان الطريق انما جعلت للمرور فيها لا الجلوس، والمسجد للصلاة وذكر الله تعالى والاول أولى لانه فعل فعلاً مباحاً، وقولهم ان الطريق انما جعلت للمرور ممنوع فان الطريق الواسع يجلس فيه عادة وكذلك المسجد جعل للصلاة وانتظارها والاعتكاف فيه في جميع الاوقات وبعضها لا تباح الصلاة فيه ولان انتظار الصلاة والاعتكاف قرينة فلم يتعلق به الضمان كالصلاة والله أعلم

(مسئلة) (وان أخرج جناحاً أو ميزاباً الى الطريق فسقط على شيء فأتلفه ضمن) وجملة ذلك أنه اذا أخرج الى الطريق التافذ جناحاً أو سابطاً فسقط أو شيء منه على شيء فأتلفه ضمنه الخرج وقال (المفني والشرح الكبير) (٥٧) (الجزء الخامس)

ولنا أنه ذهب بسبب فعله فلزمه الضمان كما لو نقره أو ذهب عقيب فتحه وحله والمباشرة إنما حصلت ممن لا يمكن إحالة الحكم عليه فيسقط كما لو نقر الطائر وأهاج الدابة أو أشلى كلباً على صبي فقتله أو أطلق ناراً في متاع إنسان فإن للثأر فعلاً لكن لما لم يمكن إحالة الحكم عليها كان وجوده كعدمه ولأن الطائر وسائر الصيد من طبعه النفور وإنما يبقى بالمانع فإذا أزيل المانع ذهب بطبعه فكان ضمانه على من أزال المانع كمن قطع علاقة فتدبيل فوقع فانسكسر وهكذا لو حل قيد عبد فذهب أو أسير فأقلت وإن فتح القفص وحل الفرس فبقيا واقفين فجاء إنسان فنقرهما فذهبا فالضمان على منفرهما لأن سببه إخص فاختص الضمان به كالدافع مع الحافر، وإن وقع طائر إنسان على جدار فنقره إنسان فطار لم يضمنه

أصحاب الشافعي أن وقعت خشبة ليست مركبة على حائط وجب نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره فيقسم الضمان عليهما. ولنا أنه تلف بما أخرجه إلى هوا الطريق فضمنه كالمبنى حائطه مائلاً إلى الطريق أو كما لو لم تكن الخشبة الساقطة موضوعة على الحائط ولأنه إخراج يضمن به البعض فضمن به الكل كالذي ذكرنا ولأنه تلف بعدوانه فضمنه كالمبنى وضع البناء على أرض الطريق والدليل على عدوانه وجوب ضمان البعض لأنه لو كان مباحاً لم يضمن به كسائر المباحات، ولأن هذه خشبة لو سقط الخارج منها حسب فأُتلف شيئاً ضمنه فيجب أن يضمن ما أُتلف جميعها كسائر المواضع التي يجب الضمان فيها ولأننا لم نعلم موضعاً يجب الضمان كله ببعض الخشبة ونصفه بجمعها، وإن كان إخراج الجناح إلى درب غير نافذ بغير إذن أهله ضمن ما تلف به وإن كان بإذنهم فلا ضمان عليه لأنه غير متعد فيه (فصل) وإن أخرج ميزاباً إلى الطريق النافذ فسقط على إنسان أو شيء فأُتلفه ضمن وبهذا قال أبو حنيفة وحكي عن مالك أنه لا يضمن ما أُتلفه لأنه غير متعد بإخراجه فلم يضمن ما تلف به كما وأُخرجته إلى ملكه وقال الشافعي أن سقط كله فعليه نصف الضمان لأنه تلف بما وضعه على ملكه وملك غيره وإن أنقص الميزاب فسقط منه الخارج حسب ضمن الجميع لأنه كله في غير ملكه

ولنا ما سبق في الجناح ولا نسلم أن إخراج مباح بل هو محرم لأنه أخرج إلى هوا ملك غيره شيئاً يضربه أشبه ما أُخرجته إلى ملك آدمي بغير إذنه، فأما أن أخرجته إلى ملك آدمي معين بغير إذنه فهو متعد ويضمن ما تلف به لأنهم في ذلك خلافاً

(مسئلة) وإن مال حائطه فلم يهدمه حتى أُتلف شيئاً لم يضمنه نص عليه وأوماً في موضع أنه إن تقدم إليه لنقضه وأشهد عليه فلم يفعل ضمن)

إذا كان في ملكه حائط مستو أو مائل إلى ملكه أو بناء كذلك فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد بينائه ولا حصل منه تفريط بإبقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوز فلا ضمان عليه أيضاً لأنه بمنزلة بنائه مائلاً في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هوا الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره وكان بحيث لا يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بينائه ولا فرط في ترك نقضه لعجزه عنه أشبه ما لو سقط من غير ميل، فإن أمكنه نقضه ولم

لان تقيده لم يكن سبب قواته فانه كان ممتنعاً قبل ذلك وان رماه فقتله ضمنه وان كان في داره لانه كان يمكنه تقيده بغير قتله وكذلك لو مر الطائر في هواء داره فرماه فقتله ضمنه لانه لا يملك منع الطائر من هواء داره فهو كما لو رماه في هواء دار غيره

(فصل) ولو حل زقا فيه مائمه فاندفع ضمنه سواء خرج في الحال أو خرج قليلا قليلا أو خرج منه شيء بل أسقطه فسقط أو نقل أحد جانبيه فلم يزل يميل قليلا قليلا حتى سقط أو سقط بريح أو بزلزلة الارض أو كان جامدا فذاب بشمس لانه تلف بسبب فعله وقال القاضي لا يضمن اذا سقط بريح أو زلزلة ويضمن فيما سوى ذلك وهو قول أصحاب الشافعي ولهم فيها اذا ذاب بالشمس وجهان واحتجوا بأن فعله غير ملجيء والمعنى الحادث مباشرة فلم يتعلق الضمان بفعله كما لو دفعه الانسان

ولأن فعله سبب تلفه ولم يتدخل بينهما ما يمكن إحالة الحكم عليه فوجب عليه الضمان كما لو خرج عقيب فعله أو مال قليلا قليلا وكما لو جرح انسانا فأصابه الحر أو البرد فسرت الجناية فانه يضمن، وأما

بنقضه ولم يطالب بذلك لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو الظاهر عن الشافعي ونحوه قول الحسن والثوري وأصحاب الرأي لانه بناء في ملكه والميل حادث بغير فعله أشبه مالو وقع قبل ميله، وذكر بعض أصحابنا فيه وجه آخر ان عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى وأبي ثور وإسحاق لانه متعدد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناء مائلا الى ذلك ابتداء ولانه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف به ولو لم يكن موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا الى ملكه، وأما ان طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا يضمن وقد أومأ اليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن والثوري، وقال أبو حنيفة الاستحسان ان يضمن لان حق الجواز للمسلمين وميل الحائط بينهم ذلك فكان لهم المطالبة بازائه فاذا لم يزل ضمن كما لو وضع شيئا على حائط نفسه فسقط في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به الانسان، وفيه وجه آخر لا ضمان عليه قال أبو حنيفة وهو القياس لانه بناء في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالب بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه، ولانه لو وجب الضمان به لم تشترط المطالبة به كما لو بناء مائلا الى غير ملكه فان قلنا عليه الضمان اذا طولب فان المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان اذا كان ميله الى الطريق لان لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كما لو مال الحائط الى ملك جماعة فان لكل واحد منهم المطالبة واذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجهله الامام لم يسقط عنه الضمان لان يلحق بجميع المسلمين فلا يملك الواحد منهم اسقاطه وان كانت المطالبة لمستأجر الدار ومرتبها ومستبرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لانهم لا يملكون النقص وليس الحائط ملكا لهم وان طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقص الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفریطه وان أمكنه استرجاعها كالمرعى والمودع والراهن اذا أمكنه فكذلك الرهن فلم يفعل ضمن لانه أمكنه النقص، وان كان

ان دفعه انسان فان المتخلل بينهما مباشرة يمكن الاحالة عليها بخلاف مستثنا ولو كان جامدا فأدنى منه آخر ناراً فأذا به فسال فالضمان على من أذا به لان سببه أخص لكون التلف يعقبه فأشبه المنقر مع فاتح القفص وقال بعض الشافعية لا ضمان على واحد منهما كسارقين نقب أحدهما وأخرج آخر المتاع وهذا قاسد لان مدني النار الجأء الى الخروج فضمنه كما لو كان واقفاً فدفعه والمسئلة حجة عليه فان الضمان على مخرج المتاع من الحرز والقطع حد لا يجب الا بهتك الحرز واخذ المال جميعاً ثم ان الحد يدراً بالشبهات بخلاف الضمان، ولو أذا به أحدهما أولاً ثم فتح الثاني رأسه فاندفق فالضمان على الثاني لان التلف يعقبه وان فتح زقا مستعلي الرأس فخرج بعض ما فيه واستمر خروجه قليلا قليلا فجاء آخر فككنسه فاندفق فضمان ما خرج بعد التكنيس على المنكس وما قبله على الفاتح لان فعل الثاني أخص كالجارح والذابح (فصل) وان حل رباط سفينة فذهبت أو غرقت فعليه قيمتها سواء تعقب فعله أو تراخى والخلاف فيها كالخلاف في الطائر في القفص

المالك محجوراً عليه اسفه أو صغر أو جنون فطوب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلاً للمطالبة وان طوباب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان المالك مشتركاً بين جماعة فطوباب احدثهم بنقضه احتمل وجهين احدهما لا يلزمه شيء لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنه فهو كالعاجز والثاني يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفراطاً فان كان ميل الحائط الى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال اليه دون غيره، وان كان جماعة فأبهم طالب وجب النقض بمطالبة كما لو طالب واحد بنقض المائل الى الطريق إلا أنه متى طوب ثم اجله صاحب الملك أو ابراء منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال اليها جاز لان الحق له وهو يملك إسقاطه، وان مال الى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة احدثهم ولا يبرأ ببراءته وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم ينحس سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياساً عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقاً بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف أشبه المائل

(فصل) ولو بنى في ملكه حائطاً مائلاً الى الطريق أو الى ملك غيره فتلقت به شيء أو سقط على شيء ألتفه ضمن لتعديده فانه ليس له البناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه ما لو نصب فيه منجلاً يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفاً (فصل) اذا تقدم الى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلاً فسقط على شيء فتلقت به فلا

المفني والشرح الكبير) إيقاد النار في ملك الغير. الائلاف بسبب البهيمة وضمانه على من هي يده ٤٥٣

(فصل) اذا أوقد في ملكه ناراً أو في موات فماتت شرارة الى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه فزول الماء الى أرض جاره ففرقها لم يضمن اذا كان فعل ماجرت به المادة من غير تقريط لانه غير متعد ولاها سراية فعل مباح فلم يضمن كسراية القود، وفارق من حل زقا فاندفق لانه متعدي بحله ولان الغالب خروج المانع من الزق المفتوح وليس الغالب سراية هذا الفعل المعتاد الى تلف مال غيره وان كان ذلك بتقريط منه بأن أجاج ناراً تسري في المادة لكثرتها أو في ريح شديدة تحملها أو فتح ماء كثيراً يتعدى أو فتح الماء في أرض غيره أو أوقد في دار غيره ضمن ما تلف به وان سرى الى غير الدار التي أوقد فيها والأرض التي الماء فيها لأنها سراية عدوان أشبهت سراية الجرح الذي تعدى به، وان أوقد ناراً فايست أغصان شجرة غيره ضمنها لان ذلك لا يكون الا من نار كثيرة الا أن تكون الأغصان في هوائه فلا يضمنها لان دخولها عليه غير مستحق فلا يمنع من التصرف في داره لحرمتها وهذا الفصل مذهب الشافعي كما ذكرنا سواء (فصل) وان ألفت الريح الى داره ثوب غيره لزمه حفظه لانه أمانة حصلت تحت يده فلزمه

ضمان على بائعه لانه ليس بملكه ولا على المشتري لانه لم يطالب بنقصه وكذلك ان وهبه واقبضه وان قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد، واذا وجب الضمان وكان التالف به آدمياً فالدية على مافته فان أنكرت الماقلة كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم إلا أن يثبت ذلك بينة لان الاصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وان اعترف صاحب الحائط فالضمان عليه دونهم لان الماقلة لا تحمل الاعتراف وكذلك ان أنكر وامطالته بنقصه فالحكم على ما ذكرنا وان كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليهم لان دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر والظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

(مسئلة) (وما ألفت البهيمة فلا ضمان على صاحبها الا أن تكون في يد إنسان كالراكب والسائق والقائد قد يضمن ما جنت يدها أو فها دزن ما جنت رجلها) اذا ألفت البهيمة شيئاً فلا ضمان على صاحبها اذا لم تكن يد أحد عليها لقول النبي ﷺ «العجاء جرحها جبار» يعني هدرأ فاما ان كانت يد صاحبها عليها كالراكب والسائق والقائد فانه يضمن وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي وقال مالك لا ضمان عليه لما ذكرنا من الحديث ولانه جناية بهيمة فلم يضمنها كما لو لم تكن يده عليها

ولنا قول النبي ﷺ «والرجل جبار» رواه سعيد بإسناده عن الهزبل بن شرحبيل عن النبي ﷺ وعن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم وتخصيص الرجل بكونه جبار دليل على وجوب الضمان في جناية غيرها ولانه يمكنه حفظها من الجناية اذا كان راکبها أو يده عليها بخلاف من لا يد له عليها وحديثه محمول على من لا يد له عليها

(فصل) ولا يضمن ما جنت برجلها وبه قال أبو حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أنه يضمنها وهو قول شريح والشافعي لانه من جناية بهيمة يده عليها فضمنه كجناية يدها

حفظه كاللقطة وان لم يعرف صاحبه فهو لقطة تثبت فيه أحكامها وان عرف صاحبه لزمه اعلامه فان لم يفعل ضمنه لانه امسك مال غيره بغير اذنه من غير تعريف فصار كالغاصب، وان سقط طائر في داره لم يلزمه حفظه ولا اعلام صاحبه لانه محفوظ بنفسه وان دخل برجه فاغلق عليه الباب ناويا امساكه لنفسه ضمنه لانه امسك مال غيره لنفسه فهو كالغاصب والا فلا ضمان عليه لانه يتصرف في برجه كيف شاء فلا يضمن مال غيره بتلفه ضمنا لتصرفه الذي لم يتعد فيه

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الرجل جبار» ولانه لا يملك حفظ رجلها عن الجناية فلم يضمنها كما لو لم تكن يده، عليها فاما ان كانت جنايتها بفعله مثل أن كبحها أو ضربها في وجهها ونحو ذلك فانه يضمن جناية رجلها لانه السبب في جنايتها فكان عليه ضمانها ولو كان السبب غيره مثل أن نحسها أو نفرها فالضمان على من فعل ذلك دون راكبها وسائقها وقائدها لانه السبب في جنايتها (فصل) فان كان على الدابة راكبان فالضمان على الاول منها لانه المتصرف فيها القادر على كفها الا أن يكون الاول منها صغيراً أو مريضاً ونحوهما ويكون الثاني هو المتولي لتدبيرها فيكون الضمان عليه فان كان مع الدابة قائد وسائق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما لو انفرد ضمن فاذا اجتماعهما، وان كان معها أو مع أحدهما راكب فالضمان عليهم جميعاً في أحد الوجهين لذلك والثاني الضمان على الراكب لانه أقوى يداً وتصرفاً، ويحتمل أن يكون على القائد لانه لاحكم للراكب معه (فصل) والجلل المقطور على الجمل الذي عليه راكب يضمن جنايته لانه في حكم القائد فاما الجمل المقطور على الجمل الثاني فينبغي أن لا يضمن جنايته إلا أن يكون له سائق لان الراكب الاول لا يمكنه حفظه عن الجناية، ولو كان مع الدابة ولدها لم يضمن جنايته لانه لا يمكنه حفظه وذكر ابن ابي موسى في الارشاد أنه يضمن قال لانه يمكنه ضبطه بالشدة

(مسئلة) (ويضمن ما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً ولا يضمن ما أفسدت من ذلك نهراً) يعني اذا لم تكن يد أحد عليها وهذا قول مالك والشافعي وأكثر فقهاء الحجاز وقال الليث يضمن مالهما ما أفسدته ليلاً ونهاراً بأقل الامرين من قيمتها أو قدر ما أتلفتها كالعبء اذا جنى، وقال أبو حنيفة لا ضمان عليه بحال لقول النبي صلى الله عليه وسلم «العجاء جرحها جبار» يعني هدرأولانها أفسدت وليست يده عليها فلم يضمن كالنهار أو كما لو أتلفت غير الزرع

ولنا ما روى مالك عن الزهري عن حزام بن سعيد بن حيصة ان ناقة للبراء دخلت حائط قوم فأفسدت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الاموال حفظها بالنهار وما أفسدت بالليل فهو مضمون عليهم. قال ابن عبد البر ان كان هذا مرسلًا فهو مشهور حدث به الأئمة الثقة وتلقاه فقهاء الحجاز بالقبول ولان العادة من أهل المواشي إرسالها في النهار للرعى وحفظها ليلاً وعادة أهل الحوائط حفظها نهاراً دون الليل فاذا ذهبت ليلاً كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ

(فصل) اذا أكلت بهيمة حشيش قوم ويد صاحبها عليها لكونه معها ضمن وان لم يكن معها لم يضمن ما أكلته، واذا استعار من رجل بهيمته فأتلقت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته على المستعير سواء أتلقت شيئاً للمالك أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير وان كانت البهيمة في يد الراعي

وان تلقت نهاراً كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم وقد فرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى على كل إنسان بالحفظ في وقت عادته

(فصل) قال بعض اصحابنا انما يضمن مالكا ما اتلفته ليلاً اذا فرط بارسالها ليلاً أو نهاراً او لم يضمها بالليل او ضمها بحيث يمكنها الخروج اما إذا ضمها فأخرجها غيره بغير إذنه او فتح عليها بابها فالضمان على مخرجها او فاتح بابها لانه المتلف قال القاضي هذه المسئلة عندى محمولة على موضع فيه مزارع ومراعى اما القرى العامرة التي لا مرعى فيها الا بين قراحين (١) كساقية وطريق وطرف زرع فليس لصاحبها ارسالها بغير حافظ عن الزرع فان فعل فعليه الضمان لتفريطه وهذا قول بعض اصحاب الشافعي .

(١) كذاني الاصل

(فصل) فان اتلقت البهيمة غير الزرع والشجر لم يضمن مالكا ما اتلفته ليلاً كان او نهاراً ما لم تكن يده عليها، وحكي عن شريح انه قضى في شاة وقت في غزل حائك ليلاً بالضمان على صاحبها وقرأ (اذ نقشت فيه غم الفوم) قال والنفس لا يكون الا بالليل وعن الثوري يضمن وان كان نهاراً لتفريطه بارسالها . ولنا قول النبي صلى الله عليه «العجاء جرحها جبار» متفق عليه اي هدر واما الآية فالتفش هو الرعي بالليل وكان هذا في الحرث الذي تفسده البهائم بالرعي طبعاً وتدعوها نفسها الى اكله بخلاف غيره فلا يصح قياس غير عليه

(فصل) اذا استعار بهيمة فانلفت شيئاً وهي في يد المستعير فضانته عليه سواء كان المتلف للمالك أو لغيره لان ضمانه يجب باليد واليد للمستعير، وإن كانت البهيمة في يد الراعي فأتلقت زرعاً أو شجراً فالضمان على الراعي دون المالك لان اتلاف ذلك في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فضمن كاللستعير، وان كان الزرع للمالك وكان ليلاً ضمن ايضاً لان ضمان اليد اقوى بدليل انه يضمن في الليل والنهار جميعاً (مسئلة) (ومن ضال عليه آدمي او غيره فقتله دفماً عن نفسه لم يضمنه لانه قتله بالدفع الجائر فلم يجب ضمانه فان كان الصائل بهيمة فلم يمكنه دفعها إلا بقتلها جاز له قتلها اجماعاً ولا يضمنها اذا كانت لغيره وهذا قول مالك والشافعي واسحاق وقال ابو حنيفة يضمنها لانه اتلف مال غيره لاجاء نفسه فضمنه كالمضطر اذا اكل طعام غيره و كذلك الخلاف في غير المكلف من الآدميين كالصبي والمجنون يجوز قتله ويضمنه لانه لا يملك لإباحة نفسه ولذلك لو ارتد ام يقتل

ولنا انه قتله بالدفع الجائر فلم يضمنه كالعبد ولا نه حيوان جاز اتلافه فلم يضمنه كالأدمي المكلف ولا نه

فالتفت زرعاً فالضمان على الراعي دون صاحبها لأن اتلافها لا زرع في النهار لا يضمن إلا بثبوت اليد عليها واليد للراعي دون المالك فكان الضمان عليه كالمستجير، وإن كان الزرع للمالك فإن كان ليلاً ضمن أيضاً لأن ضمان اليد أقوى بدليل أنه يضمن به في الليل والنهار جميعاً

قتله لدفع شره فاشبه العبد وذلك أنه إذا قتله لدفع شره كان الصائل هو القاتل لنفسه فاشبه مالو نصب حربة في طريقة فقتل نفسه عليها فأت بها وقارق المضطر فإن الطعام لم يلجئه إلى اتلافه ولم يصدر منه ما يزيل عصمته ولهذا لو قتله لصياله لم يضمنه ولو قتله لياكله في الخمصة وجب عليه الضمان وغير المكلف كالمكلف في هذا وقولهم لا يملك إباحة نفسه قننا : والمكلف لا يملك إباحة نفسه ولو قال أبحث دمي لم يبح مع أنه إذا صال فقد أصبح دمه بفعله فلم يضمنه كالمكلف

(مسئلة) (وان اصطدمت سفينتان ففرقتا ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر وما فيها)

إذا اصطدمت سفينتان متساويتان كالتين في بحر أو ماء واقف فإن كان القبان مفرطين ضمن كل واحد منهما سفينة الآخر بما فيها من نفس ومال كالفارسين إذا تصادما وإن لم يكونا مفرطين فلا ضمان عليهما، وقال الشافعي : يضمن في أحد الوجهين لأنهما في أيديهما فضنا كما لو اصطدما فارسان لقلبة الفرسين لهما

ولنا أن الملاحين لا يسيران السفينتين بفعلهما ولا يمكنهما ضبطهما في الغالب ولا الاحتراز من ذلك فأشبه الصاعقة إذا نزلت فأحرقت سفينة وبخالف الفرسين فإنه يمكن ضبطهما والاحتراز من طردهما وإن كان أحدهما مفرطاً وحده ضمن وحده، وإن اختلفا في تفريط القيم ولا بينه فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدمه وهو أمين أشبه المودع وعند الشافعي أنهما إذا كانا مفرطين فعلى كل واحد من القيمين ضمان نصف سفينته ونصف سفينة صاحبه وقال مثل ذلك في الفارسين وسنذكره إن شاء الله تعالى والتفريط أن يكون قادراً على ضبطها أو ردها عن الأخرى فلم يفعل أو أمكنه أن يعدها إلى ناحية أخرى فلم يفعل أو لم يكلل آلتها من الرجال والحبال وغيرها

(مسئلة) (وان كانت أحدهما منحدره فعلى صاحبها ضمان المصعدة إلا أن يكون عليه ريح

فلم يقدر على ضبطها)

مضى كان قيم المنحدرة مفرطاً فعليه ضمان المصعدة لأنها تنحط عليها من علو فيكون ذلك سبباً لغرقها فتزل المنحدرة بمنزلة السائر والمصعدة بمنزلة الواقف إذا اصطدما، وإن غرقنا جميعاً فلا شيء على المصعد وعلى المنحدر قيمة المصعدة أو أرش ما نقصت إن لم تلف كلها إلا أن يكون التفريط من المصعد بأن يمكنه العدول بسفينته والمنحدر غير قادر ولا مفرط فيكون الضمان على المصعد، وإن لم يكن من واحد منهما تفريط لكن حاجت ريح أو كان الماء شديد الجرية فلم يمكنه ضبطها فلا ضمان عليه لأنه لا يدخل في وسعه (ولا يكلف الله نفساً إلا وسعها) فإن كانت إحدى السفينتين واقفة

(فصل) اذا شهد بالنصب شاهدان فشهد احدهما انه غصبه يوم الخميس وشهد آخر انه غصبه يوم الجمعة لم تم اليقنة وله أن يحلف مع أحدهما ، وان شهد احدهما انه اقر بالنصب يوم الخميس وشهد والاخرى سائرة فلا شيء على الواقعة وعلى السائرة ضمان الواقعة إن كان القيم مفرطاً ، فلا ضمان عليه اذا لم يفرط على ما ذكرنا .

(فصل) فان خيف على السفينة الفرق فالتى بعض الركبان متاعه لتخف وتسلم من الفرق لم يضمنه أحد لانه أنف متاع نفسه باختياره لصالحه وصالح غيره ، وان القى متاع غيره بغير إذنه ضمنه وحده وان قال لغيره القى متاعك فقبل منه لم يضمنه لانه لم يلزم ضمانه ، وان قال القه وأنا ضامن له أو على قيمته لزم ضمانه لانه أنف ماله بموضع لمصلحة فوجب له العوض على من ألزمه كما لو قال اعتق عبدك وعلى ثمنه . وان قال القه وعلى ركاب السفينة ضمانه فالقاء فنيه وجهان (أحدهما) يلزمه ضمانه وحده ذكره أبو بكر وهو نص الشافعي لانه ألزم ضمان جميعه فلزمه ما ألزمه ، وقال القاضي ان كان ضمان اشتراك مثل أن يقول نحن نضمن لك أو قال على كل واحد منا ضمان قسطه أو ربع متاعك لم يلزمه الا ما يخصه من الضمان وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لانه لم يضمن إلا حصته وانما أخبر عن الباقيين بالضمن فسكتوا وسكوتهم ليس بضمن ، وان ألزم ضمان الجميع وأخبر عن كل واحد منهم بمثل ذلك لزمه ضمان الكل لانه ضمن الكل ، وان قال القه على أن أضمنه لك أنا وركبان السفينة فقد أذنوا لي في ذلك فانكروا الاذن فهو ضامن للجميع وان قال القى متاعى وتضمنه؟ فقال نعم ضمنه له وان قال القى متاعك وعلى ضمان نصفه وعلى أخى ضمان ما بقى فالقاء فعليه ضمان النصف وحده ولا شيء على الآخر لانه لم يضمن والله أعلم .

(فصل) إذا خرق سفينة ففرقت بما فيها وكان عمداً وهو مما يفرقها غالباً ويهلك من فيها لكونهم في اللجة أو لعدم معرفتهم بالسباحة فعليه القصاص ان قتل من يجب القصاص بقتله وعليه ضمان السفينة بما فيها من مال ونفس وان كان خطأ فعليه ضمان العبيد ودية الاحرار على عاقلته وان كان عمداً خطأ مثل ان اخذ السفينة لصلاح موضعاً فقام لوحاً أو يصلح مسباراً فنقب موضعاً فهو عمداً خطأ ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي ، والصحيح ان هذا خطأ محض لانه قصد فعلاً مباحاً فأفضى الى التلف لما لم يردده فاشبهه ما لو رمى صيداً فأصاب آدمياً فقتله ولكن ان قصد قلع اللوح في موضع الغالب أنه لا يتلفها فالتلفها فهو عمداً خطأ فيه ما فيه

﴿مسئلة﴾ (وان كسر مزاراً أو طنبوراً أو صلياً لم يضمنه)

وقال الشافعي ان كان ذلك اذا فصل يصلح لنفع مباح وإذا كسر لم يصلح لزمه ما بين قيمته مفصلاً ومكسوراً لانه أنف بالكسر ماله قيمة ، وان كان لا يصلح لمنفعة مباحة لم يضمن ، وقال أبو حنيفة يضمن .

الآخر انه اقر ببعضه يوم الجمعة ثبتت البيعة لان الاقرار وان اختلف رجح الى امر واحد ، وان شهد انه اقر انه غصبه يوم الخميس وشهد الآخر انه غصبه يوم الجمعة لم تثبت البيعة ايضا ، وان شهد له واحد

ولنا انه لا يحل بيعه فلم يضمنه كالميتة والدليل على أنه لا يحل بيعه قول النبي صلى الله عليه وسلم « ان الله حرم بيع الحر والميتة والخنزير والاصنام » متفق عليه ، وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بمحق القينات والمعازف »

(مسئلة) (وان كسر آنية ذهب أو فضة لم يضمنها)

وحكى أبو الخطاب رواية أخرى عن احمد انه يضمن فان منها نقل عنه فيمن هشم على غيره ابريق فضة عليه قيمته يصوغه كما كان ، فقيل له أليس قد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اتخاذها فسكت ، والصحيح أنه لا يضمن نص عليه في رواية المروزي فيمن كسر ابريق فضة لا ضمان عليه لانه أتلف ما ليس بمباح فلم يضمنه كالميتة ، ورواية منها تدل على أنه رجح عن قوله ذلك لكونه سكت حين ذكر السائل النهي عنه وليس في رواية منها أنه قال يصوغه ولا تحل صناعته فكيف تجب؟

(مسئلة) (وان كسر اناء خر لم يضمنه في أصح الروايتين)

لما روي عن ابن عمر قال أمرني رسول الله ﷺ أن آتية بمدينة وهي الشفرة فأتيتها بها فارسل بها فارهفت ثم أعطانيها وقال « اغد علي بها » ففعلت فخرج باصحابه إلى اسواق المدينة وفيها زقاق الخمر قد جلبت من الشام فاخذ المدينة مني فشق ما كان من تلك الزقاق بحضرته كلها وأمر اصحابه الذين كانوا معه أن يمشوا معي ويماونوني وأمرني أن آتي الاسواق كلها فلا أجد فيها زق خمر الا شققته رواه أحمد ، وروي عن انس قال كنت اسقي ابا طلحة وابي بن كعب و ابا عبيدة شرايا من فضيخ فأتانا آت فقال ان الخمر قد حرمت فقال ابو طلحة قم يا أنس الى هذه الدنان فاكسرها وهذا يدل على سقوط حرمتها وإباحة اتلافها فلا يضمنها كسائر المباحات (والثانية) يضمنها إذا كان ينتفع بها في غيره لانها مال يمكن الاتفاع به ويحل بيعه فيضمنها كما لو لم يكن فيها خمر ولان جعل الخمر فيها لا يقتضي سقوط ضمانها كالميت الذي جعل مخزنا للخمر

(فصل) إذا غصب ارضا فحسكها في جواز دخول غيره اليها حكمها قبل الغصب فان كانت محوطة كالدار والبستان المحوط عليه لم يحز دخولها لغير مالكها الا باذنه لان ملك مالكها لم يزل عنها فلم يحز دخولها بغير اذنه كما لو كانت في يده . قال احمد : في الضيعة تصير غيبة فيها سمك لا يصيد فيها احد إلا باذنهم ، وان كانت صحراء جاز الدخول فيها ورعي حشيشها . قال احمد : لا بأس برعي الكلا في الارض المنصوبة وذلك لان الكلا لا يملك بملك الارض ويتخرج في كل واحدة من الصورتين مثل حكم الاخرى قياساً لما عليها ونقل عنه المروزي في دار طوايقها غصب لا يدخل على والديه لان دخوله عليها تصرف في الطوايق المنصوبة ونقل عنه الفضل بن عبيد الصمد

وحلف معه ثبت النصب فلو كان الغاصب حلف بالطلاق انه لم ينصبه ام نوقح طلاقه لان الشاهد واليمين بينة في المال لا في الطلاق والله اعلم

كتاب الشفعة

وهي استحقاق الشريك انزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يدمن اتفقات اليه، وهي ثابتة بالسنة والاجماع اما السنة فما روي عن جابر رضي الله عنه قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت

في رجل له اخوة في أرض غصب يزورهم ويرادهم على الخروج فان أجابوه وإلا لم يبق معهم ولا بدع زيارتهم يعني يزورهم يأتي باب دارهم ويتعرف أخبارهم ويسلم عليهم ويكلمهم ولا يدخل اليهم ونقل المردوي عنه أكره المشي على العبارة التي يجري فيها الماء وذلك لان العبارة وضعت لعبور الماء لا للمشى عليها، قال أحمد لا يدفن في الارض المنصوبة لما في ذلك من التصرف في أرضهم بخير لأنهم وقال أحمد فيمن ابتاع طعاما من موضع غصب ثم علم ربحه إلى الموضع الذي أخذه منه فردده وروي عنه أنه قال يطرحه يعني على من ابتاعه منه وذلك لان قعوده فيه حرام منهي عنه فكان البيع فيه محرما ولان الشراء ممن يقعد في الموضع المحرم بحمامهم على القعود والبيع فيه وترك الشراء منهم بمنهم القعود فقال لا يبتاع من الخانات التي في الطرق الا أن لا يجد غيره كانه بمنزلة المضطر، وقال في السلطان إذا بنى داراً وجمع الناس إليها أكره الشراء منها. قال شيخنا وهذا على سبيل الورع ان شاء الله تعالى لما فيه من الاعانة على فعل المحرم والظاهر صحة البيع لانه اذا صححت الصلاة في الدار المنصوبة في رواية وهي عبادة فاليس بعبادة أولى وقال فيمن غصب ضيعة وغصب من الغاصب وأراد الثاني ردها جمع بينهما يعني بين مالهما والغاصب الاول وان مات بعضهم جمع ورثته انما قال هذا احتياطاً خوف التبعة من الغاصب الاول لانه ربما طالب بها فادعاهها مسلماً باليد والا فالواجب ردها على مالهما وقد صرح بهذا في رواية عبدالله في رجل استودع رجلاً الفأجاء رجل الى المستودع فقال ان فلانا غصبني الا انك الذي استودعك وصح ذلك عند المستودع فان لم يخف التبعة وهو أن يرجعوا به عليه دفعه اليه

باب الشفعة

وهي استحقاق الانسان انزاع حصة شريكه من يده شريكاً وهي ثابتة بالسنة والاجماع أما السنة فاروي جابر قال قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة متفق عليه ولمسلم قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ربة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو أحق به والبخاري: انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة، وأما الاجماع

الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة. متفق عليه ولمسلم قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة او حائط لا يحل له ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك فان باع ولم يستأذنه فهو احق به. والبخاري : انما جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة . واما الاجماع فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من ارض او دار أو حائط . والمعنى في ذلك ان احدا الشريكين اذا اراد ان يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه وتخليصه مما كان يصده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة ان يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لا جني سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه ولا نعلم احدا خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة لان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه اذا ابتاعه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك وهذا ليس بشيء لمخالفته الا آثاراً ثابتة والاجماع المتعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة ان يقاسم فيسقط استحقاق الشفعة ، واشتقاق الشفعة من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

فقال ابن المنذر اجمع اهل العلم على اثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط والمعنى في ذلك أن أحد الشريكين إذا أراد أن يبيع نصيبه ويمكن من يبعه لشريكه وتخليصه مما كان يصده من توقع الخلاص والاستخلاص فالذي يقتضيه حسن العشرة أن يبيعه منه ليصل الى غرضه من بيع نصيبه وتخليص شريكه من الضرر فاذا لم يفعل ذلك وباعه لا جني سلط الشرع الشريك على صرف ذلك الى نفسه. قال شيخنا ولا نعلم أحداً خالف هذا الا الاصم فانه قال لا تثبت الشفعة فان في ذلك اضراراً بآرباب الاملاك فان المشتري اذا علم انه يؤخذ منه إذا اشتراه لم يبتعه ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك ، وهذا الذي ذكره ليس بشيء لمخالفته الاحاديث الصحيحة والاجماع المتعقد قبله ، والجواب عما ذكره من وجهين (أحدهما) انا نشاهد الشركاء يبيعون ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء (الثاني) انه يمكنه اذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم فتسقط الشفعة ، واشتقاقها من الشفع وهو الزوج فان الشفع كان نصيبه منفرداً في ملكه فبالشفعة يضم المبيع الى ملكه فيشفعه به وقيل اشتقاقها من الزيادة لان الشفع يزيد المبيع في ملكه

(مسألة) ولا يحل الاحتيال على اسقاطها فان فعل لم يسقط نص عليه أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شيء من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم

(مسئلة) قال أبو القاسم (ولا يجب الشفعة الا للشريك المقاسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)

وجهة ذلك ان الشفعة ثبتت على خلاف الاصل اذ هي انتزاع ملك المشتري بغير رضاه منه واجبار له على المعاوضة مع ما ذكره الاصم لكن اثبتنا الشرع لمصلحة راجحة فلا تثبت الا بشروط اربعة (احدها) ان يكون الملك مشاعا غير مقسوم فاما الجار فلا شفعة له وبه قال عمرو بن عثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وابو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وابو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن ابي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، وقال أبو حنيفة يقدم الشريك فان لم يكن وكان الطريق مشتركا كدرب لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فان لم يأخذوا ثبتت للملاق من درب آخر خاصة، وقال القنبري وسوار تثبت بالشركة في المال وبالشركة في الطريق، واحتجوا بما روى أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بصقبة (١) رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم

(١) كذا في الاصل
بالصاد وفي صحيح
البخاري بالسين
ومعناه القرب يعني ان
الجار بسبب قربه أحق
بالشفعة

وبهذا قال أبو أيوب وأبو خزيمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني، وقال عبد الله بن عمر بن الخطاب لا ينفذ الله بخدمته، ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئا لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطئون في الباطن على خلافه مثل أن يشتري شيئا يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير أو يشتريه بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف في ذمته ثم يبيعه الشقص بالألف أو يشتري شقصاً بألف ثم يرثه البائع من تسعمائة أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقية أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم ولؤلؤة وأشباه هذا فان وقع ذلك من غير تحيل سقطت الشفعة، وان تحيلاً به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهباً وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتمل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضاً عن الثمن الذي اشترى به جزءاً من الشقص وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو قيمته ان لم يكن مثلياً اذا كان الثمن موجوداً فان لم يوجد دنع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها وقال أصحاب الرأي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيعه فلم يحز كما لو يكن حيلة

قال «جار الدار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ورواه الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بداره ينتظر به إذا كان غائبا إذا كان طريقهما واحد» وقال حديث حسن ولأنه اتصال ملك يدوم وينأبد فتثبت الشفعة به كالثركة. ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب - أو عن أبي سلمة أو عنهما - قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «إذا قسمت الأرض وحدثت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولأن الشفعة ثبتت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لمعنى معدوم في محل النزاع فلا تثبت فيه، ويان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطالب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق وهذا لا يوجد في المقسوم فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسبب والصاد قال الشاعر

كوفية نازح محلها * لأأم دارها ولا صقب

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك وخبرنا صريح صحيح فيقدم، وبقيّة الأحاديث في أساليبها مقال فحديث سيرة برويه عنه الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقبة قاله أصحاب الحديث. قال ابن المنذر: الثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث جابر الذي روينا وما عداه من

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «من أدخل فرساً بين فرسين ولا يأمن أن يسبق فليس بقمار» ومن أن يسبق فهو قمار» رواه أبو داود وغيره فجعل إدخال الفرس الحلل قماراً في الموضع الذي يقصد به إباحة إخراج كل واحد من المتسابقين جملاً مع عدم معنى الحلل فيه وهو كونه بحال يحتمل أن يأخذ سبقها وهذا يدل على إبطال كل حيلة لم يقصد بها إلا إباحة المحرم مع عدم المعنى فيها فاستدل أصحابنا بما روى أبو هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا تتركبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل» وقال النبي صلى الله عليه وسلم «لئن الله اليهود أن الله لما حرم عليهم شحومها جلوه ثم باعوه وأكلوا منه» متفق عليه ولأن الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله والذين آمنوا وما يخدعون إلا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة وقد نسخ الله تعالى الذين اعتدوا في السبت فردة بحيلهم فانه روي عنهم أنهم كانوا يصبون شبا كهم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء إليها يوم الجمعة فإذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعوها إلى ليلة الأحد فيأخذونها ويقولون ما اصطدنا يوم السبت شيئاً فمسخهم الله تعالى بحيلتهم وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قيل يعني به أمة محمد صلى الله عليه وسلم أي ليتفظ بذلك أمة محمد صلى الله عليه وسلم فيجتنبوا مثل فعل المعتدين ولأن الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ لا تحل الخديعة لاسم ولأن الشفعة وجدت للضرر فلو سقطت بالتحيل للحق الضرر فلم تسقط كما لو اسقطها المشتري عنه بالوقف

الاحاديث فيها مقال على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فانه جار أيضاً ويسمى كل واحد من الزوجين جاراً قال الشاعر

أجارتنا بيني فأنك طالقه * كذاك أمور الناس غادوطارقه

قال الاعشى وتسمى الضرتان جارتين لا اشتراكهما في الزوج قال حمل بن مالك كنت بين جارتين لي فضربت احدهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً
إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهرواحد فلا شفعة له من أجل الشرب اذا وقعت الحدود فلا شفعة ، وقال في رواية أبي طالب وعبدالله ومثنى فمين لا يرى الشفعة بالجوار وقدم الى الحاكم فأنكر لم يخلف انما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه قال القاضي انما هذا لان عين المنكر ههنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد ههنا على الورع لا على التحريم لانه يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى (فصل) الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً لانها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها، وأما غيرها فينقسم قسمين (أحدهما) ثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والغراس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ولا نعرف فيه بين من اثبت الشفعة خلافاً وقد دل عليه

والبيع ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به ابطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولاً فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله ، اذا ثبت هذا فان الفرر في الصورتين الاولين على المشتري لشرائه ما يساوي عشرة بمائة وما يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه ان عليه ألفاً فربما طالبه بها فلزمه في ظاهر الحكم ، وفي الثالثة الفرر على البائع لانه اشترى عبداً يساوي مائة بألف ، وفي الرابعة الفرر على المشتري لانه اشترى شقصاً قيمته مائة بألف وكذلك في الخامسة لانه اشترى بعض الشقص بثلث جميعه ، وفي السادسة على البادي منها بالهبة لانه قد لا يهب له الا آخر شيئاً فان خالف أحدهما ما تواطأ عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لانه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً فاما ما بينه وبين الله تعالى فلا يحل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف ما تواطأ عليه لان صاحبه إنما رضي بالمقد للتواطؤ فمع فواته لا يتحقق الرضى به

(مسئلة) (ولا تثبت إلا بشرط خمسة أحدها أن يكون مبيعاً فلا شفعة فيما انتقل بغير عوض بحال) كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول الاكثرين منهم مالك والشافعي وأبو حنيفة وأصحاب الرأي إلا أنه حكى عن مالك رواية أخرى ان الشفعة تجب في المنتقل بهبة أو صدقة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي عن ابن أبي ليلى لان الشفعة تثبت لازالة ضرر الشركة وهو موجود في الشركة كيفما كان ولان الضرر اللاحق بالمتبذون ضرر المشتري لأن اعدام المشتري على

قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم أربعة أوحاط وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (القسم الثاني) ما لا يثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة تباع مع الأرض فإنه لا يؤخذ بالشفعة مع الأصل وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ ذلك بالشفعة مع أصوله لأنه متصل بما فيه الشفعة فيثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والفراش. ولنا أنه لا يدخل في البيع تبعاً فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والفراش، وتحقيقه أن الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الإخذ بغير رضى المشتري فإن بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلع غير المؤبد دخل في الشفعة لأنها تتبع في البيع فأشبهت الفراس في الأرض وأما ما يعم مفرداً من الأرض فلا شفعة فيه سواء كان مما ينقل كالحيوان والثياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أولاً ينقل كالبناء والفراش إذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروى عن الحسن والثوري والأوزاعي والعنبري وقتادة وربيعة وإسحاق لا شفعة في المنقولات واختلف عن مالك وعطاء فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى أن الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجارة والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك، قال أبو الخطاب وعن أحمد رواية أخرى أن الشفعة تجب في البناء والفراش وإن بيع مفرداً وهو قول مالك لعدم قوله عليه السلام

شراء الشقص وبذل ماله دليل حاجته إليه فإنه أزعجه منه أعظم ضرراً من أخذه من لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ولنا أنه انتقل بغير عوض أشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل إليه به ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بثمنه لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فانتزاعاً

﴿مسألة﴾ (ولا تجب فيما عوضه غير المال كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد في أحد الوجهين)

المنتقل بموضع على ضربين أحدهما ما عوضه المال كالبيع ففيه الشفعة بغير خلاف وكذلك كل ما جرى مجراه كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجناية الموجبة للمال والهبة المشروط فيها ثواب معلوم لأن ذلك بيع يثبت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا يثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقابضاً لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار.

ولنا أنه تملكها بعوض هو مال فلم يقتصر إلى القبض في استحقات الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموضع صرف اللفظ عن مقتضاء وجمله عبارة عن البيع خاصة عند من فانه ينقذ بها التسكح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (الضرب الثاني) ما انتقل بموضع غير المال نحو أن

« الشفعة فيها لم يقسم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر وحصول الضرر بالشركة فيها لا ينقسم ابلغ منه فيما ينقسم ولان ابن أبي مليكة روى أن النبي ﷺ قال « الشفعة في كل شيء »

ولنا أن قول النبي ﷺ « الشفعة فيها لم يقسم » فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض بدليل قوله « فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق » ولان هذا مما لا يتبقى على الدوام فلا تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام ، وحديث ابن أبي مليكة مرسل لم يرو في الكتب الموثوق بها ، والحكم في الغراف (١) والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء فأما ان بيعت الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فتحكمها حكم ما لا ينقسم من العقار ولان هذا مما لا ينقسم على ما سنذكره ويحتل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرار تابع لها فإذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب فيه تبعها ، وان بيعت حصة من علو دار مشترك نظرت فان كان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلو لانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلو فكذلك لانه بناء مفرد لكونه لا أرض له فهو كالمو لو لم يكن السقف له ويحتل ثبوت الشفعة لان له قرارا فهو كالسفل

(فصل) (الشرط الثالث) أن يكون المبيع مما يمكن قسمته فأما ما لا يمكن قسمته من العقار كالحمام الصغير والرحى الصغيرة والمضادة والطريق الضيقة والعراص الضيقة فعن أحمد فيها روايتان (أحدهما) لا شفعة فيه وبه قال يحيى بن سعيد وربيعة والشافعي (والثانية) فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة

يحمل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فلا شفعة فيه في ظاهر كلام الحارثي لانه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع اختاره أبو بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره ، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي لانه عقار مملوك بمقد معاوضة أشبه البيع . ووجه الاول أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولانه يتمتع بأخذه بمهر المثل لا تنا لو أوجبت مهر المثل لقومنا البضع على الاجانب وأضرنا بالشفيع لان مهر المثل يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة ويتمتع أخذه بالقيمة لانها ليست عوض الشقص فلا يجوز اخذها كاللوروث فيتعذر أخذه ، وفارق البيع فانه أمكن الاخذ بموضه ، فان قلنا يؤخذ بالشفعة فطلق الزوج قبل الدخول بعد عفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لانه موجود في يدها بصفته وان طلق بعد أخذ الشفيع رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالمو باعته وان طلق قبل علم الشفيع ثم علم فقيه وجهان (أحدهما) يقدم حق الشفيع لانه ثبت بالنكاح السابق على الطلاق فهو أسبق (والثاني) حق الزوج مقدم لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة هنا لا نص فيها ولا اجماع . فاما ان عفا الشفيع ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفيع الاخذ منه لانه ما دام الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفيع كالرد بالعيب وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده بيب أو مقايلة أو اختلاف المتبايعين أو رده لعين (المغني والشرح الكبير) (٥٩) (الجزء الخامس)

(١) بتشديد الراء

والثوري وابن سريج وعن مالك كالروايتين، ووجه هذا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما يقسم» وسائر الالفاظ العامة، ولان الشفعة ثبتت لازالة ضرر المشاركة والضرر في هذا النوع أكثر لانه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي ﷺ أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواه أبو الخطاب في رهوس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بئر ولا خل ولان اثبات الشفعة في هذا يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من اثبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لاجل انشفيح فيتضرر البائع وقد يتمتع اليهم فتسقط الشفعة فيؤدي لإثباتها الى نفياها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج اليه من احداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، وقولهم ان الضرر هنا أكثر لتأبده، قلنا إلا أن الضرر في محل الوفاق من غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة الى احداث المرافق الخاصة فلا يمكن التمدية وفي الشفعة هنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الالحاق. فأما ما أمكن قسمته مما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع البيوت بحيث اذا قسم لم يستضر بالقسمة وأمكن الاتفاح به حماما فان الشفعة محبة فيه، وكذلك البئر والدور والمضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيء كالبر ينقسم بترين يرتقي الماء منها وجبت الشفعة، وكذلك ان كان مع البئر يابض أرض بحيث يحصل البئر في احد النصيبين وجبت الشفعة أيضا لانه يمكن القسمة وهكذا الرحي ان كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحاجر في احد

وقد ذكرنا في الاقالة رواية أخرى أنها يسم فثبت فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفيع حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيها شاء، وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابلا فله الأخذ بها (فصل) فاذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها ان موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع، وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان الأخذ بها تبعض للصفقة على المشتري

ولنا أن. اقابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما يجب فيه وما لا يجب فوجبت فيما يجب دون الآخر كما لو اشترى شقصاً وسيفاً، وبهذا الاصل يبطل ما ذكره قال شيخنا وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه إلا مالا تقع فيه فأشبهه ماله أراد أخذه بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف واما إذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتمت الدية فكان الجميع عوضاً عن مال.

﴿مسألة﴾ (التاني) أن يكون شقصاً مشاعاً من عقار فيقسم فاما المقسوم المحدود فلا شفعة لمجاوره فيه)

القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرية يمكن أن ينفر دكل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يمكن إلا بأن يحصل لكل واحد منها ما لم يتمكن من إبقائها راحى لم تجب الشفعة. فأما الطريق فإن الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في تلك الدار ولا في الطريق لانه لا شركة لاحد في ذلك، وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى تلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك بضر بالمشتري لان الدار تبقى لا طريق لها، وإن كان للدار باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى طريق نافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فإن كان ممراً لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وإن كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجب في الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تفويت صفقة المشتري وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يجز كما لو كان الشريك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها والقول في دهلج الجار وصححه كالقول في الطريق المملوك، وإن كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي أن الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم الممانع والصحيح أنه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر

(فصل) (الشرط الرابع) أن يكون شقصاً منتقلاً بموض وأما المنتقل بغير عوض كالهبة بغير ثواب والصدقة والوصية والارث فلا شفعة فيه في قول عامة أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وحكي عن

وبه قال عمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وابن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الانصاري وأبو الزناد وربيعة ومالك والاوزاعي والشافعي واسحاق وأبو ثور وابن المنذر وقال ابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى وأصحاب الرأي الشفعة بالشركة ثم بالشركة في الطريق ثم بالجوار، قال أبو حنيفة يقدم الشريك فإن لم يكن وكان الطريق مشتركاً كالدرج لا ينفذ تثبت الشفعة لجميع أهل الدرب الاقرب فالاقرب فإن لم يأخذوا ثبتت للصاق من درب آخر خاصة وقال العنبري وسوار تثبت بالشركة في الملك وبالشركة في الطريق واحتجوا بما روي أبو رافع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «الجار أحق بصقبة» رواه البخاري وأبو داود وروى الحسن عن سمرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال «الجار أحق بالدار» رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح وروى الترمذي في حديث جابر «الجار أحق بشفعته بداره ينتظر به اذا كان غائباً اذا كان طريقها واحداً» وقال حديث حسن ولانه إيصال بلك يدوم ويتأبد فتثبت الشفعة به كالشركة -

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيها لم يقسم فاذا وتمت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» رواه البخاري وروى ابن جريج عن الزهري عن سعيد بن المسيب أو عن أبي سلمة أو أو عنها قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «اذا قسمت الارض وحدت فلا شفعة فيها» رواه أبو داود ولان الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الاصل لمعنى معدوم في محل النزاع

مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة وبأخذه الشفيع بقيمته وحكي ذلك عن ابن أبي ليلى لأن الشفعة ثبتت لازالة ضرر الشركة وهذا موجود في الشركة كيفما كان والضرر اللاحق بالتهب دون ضرر المشتري لأن اقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته اليه فأنزاعه منه اعظم ضرراً من اخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة اليه. ولنا انه انتقل بغير عوض اشبه الميراث ولأن محل الوفاق هو البيع والخبر ورد فيه وليس غيره في معناه لأن الشفيع يأخذه من المشتري بمثل السبب الذي انتقل به اليه ولا يمكن هذا في غيره ولأن الشفيع يأخذ الشقص بشئ لا بقيمته وفي غيره يأخذه بقيمته فافترقا. فاما المنتقل بموض فينقسم قسمين (أحدهما) ماعوضه المال كالبيع فهذا فيه الشفعة بغير خلاف وهو في حديث جابر قال باع ولم يؤذنه فلو أحق به وكذلك كل عقد جرى مجرى البيع كالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال والهبة المشروط فيها الثواب المعلوم لأن ذلك يسمى ثبتت فيه أحكام البيع وهذا منها وبه يقول مالك والشافعي وأصحاب الرأي إلا أن أبا حنيفة وأصحابه قالوا لا تثبت الشفعة في الهبة المشروط فيها ثواب حتى يتقاضا لأن الهبة لا تثبت إلا بالقبض فأشبهت البيع بشرط الخيار

ولنا أنه يملكها بموض هو مال فلم يفتقر إلى القبض في استحقاق الشفعة كالبيع ولا يصح ما قالوه من اعتبار لفظ الهبة لأن الموض صرف اللفظ عن مقتضاه وجعله عبارة عن البيع خاصة عندهم فإنه

فلا تثبت فيه ، وبيان انتفاء المعنى هو أن الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته أو يطلب الداخل المقاسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه وما يحتاج إلى إحدائه من المرافق ، وهذا لا يوجد في المقسوم ، فأما حديث أبي رافع فليس بصريح في الشفعة فإن الصقب القرب يقال بالسين والصاد قال الشاعر

* كوفيه نازح محلها لأثم دارها ولا صقب *

فيحتمل أنه أراد بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك ، وخبرنا صحيح صريح فيقدم وبقيّة الأحاديث في أسانيدھا مقال فحديث سمرة يرويه عن الحسن ولم يسمع منه إلا حديث العقيقة قاله أصحاب الحديث قال ابن المنذر الثابت عن رسول الله ﷺ حديث جابر الذي رويناه وما عدها من الأحاديث فيها مقال، على أنه يحتمل أنه أراد بالجار الشريك فإنه جار أيضاً وتسمى الضرتان جارتين لا شريكتيها في الزوج ، قال حل بن مالك: كنت بين جارتين لي فضربت أحدهما الأخرى بمسطح فقتلتها وجنينها ، وهذا يمكن في تأويل حديث أبي رافع أيضاً . إذا ثبت هذا فلا فرق بين كون الطريق مفردة أو مشتركة ، قال أحمد في رواية ابن القاسم في رجل له أرض تشرب هي وأرض غيره من نهر واحد فلا شفعة له من أجل الشرب إذا وقعت الحدود فلا شفعة . وقال في رواية أبي طالب وعبد الله ومثنى فيمن لا يرى الشفعة بالجوار وقدم إلى الحاكم فأنكر لم يحلف إنما هو اختيار وقد اختلف الناس فيه ،

ينعقد بها التسكاح الذي لا تصح الهبة فيه بالاتفاق (القسم الثاني) ما انتقل بعوض غير المال نحو أن يحمل الشقص مهرأ أو عوضاً في الخلع أو في الصلح عن دم العمد فظاهر كلام الحرقي أنه لا شفعة فيه لأنه لم يتعرض في جميع مسائله لغير البيع وهذا قول أبي بكر وبه قال الحسن والشعبي وأبو ثور وأصحاب الرأي حكاه عنهم ابن المنذر واختاره، وقال ابن حامد تجب فيه الشفعة وبه قال ابن شبرمة والحارث العكلي ومالك وابن أبي ليلى والشافعي. ثم اختلف بم يأخذه فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة قال القاضي هو قياس قول ابن حامد لا نألو أوجيناهم المثل لقومنا البضع على الجانب وأضررنا بالشفيع لأن مهر المثل يتفاوت مم المسمى لتساح الناس فيه في المادة بخلاف اليهم وقال الشريف أبو جعفر قال ابن حامد إن كان الشقص صداقاً أو عوضاً في خلع أو متعة في طلاق أخذ الشفيع بمهر المرأة وهو قول العكلي والشافعي لأنه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع إلى قيمة البدل في الأخذ بالشفعة كما لو باعه بمرض، واحتجوا على أخذه بالشفعة بأنه عقار مملوك بمقد معاوضة فأشبه البيع ولنا أنه مملوك بغير مال أشبه الموهوب والموروث ولأنه يتم أخذه بمهر المثل لما ذكره مالك والقيمة لأنها ليست عوض الشقص فلا يجوز الأخذ بها كالموروث فيتم أخذه، ولأنه ليس له عوض يمكن الأخذ به فأشبه الموهوب والموروث، وفارق البيع فإنه يمكن الأخذ بعوضه فإن قلنا إنه يؤخذ بالشفعة وطلق الزوج قبل الدخول بعد نفو الشفيع رجع بنصف ما أصدقها لأنه موجود في يدها بصفته

قال القاضي إنما قال هذا لأن يمين المنكر هنا على القطع والبت ومسائل الاجتهاد مظنونة فلا يقطع بطلان مذهب المخالف ويمكن أن يحمل كلام أحمد هنا على الورع لا على التحريم لأنه لم يحكم بطلان مذهب المخالف ويجوز للمشتري الامتناع به من تسليم المبيع فيما بينه وبين الله تعالى

(فصل) ولا تثبت الشفعة فيما لا تجب قسمته كالحمام الصغير والبر والطرق الضيقة والرحى الصغيرة والمضادة والعراض الضيقة في إحدى الروايتين عن أحمد وبه قال يحيى الأنصاري وسعيد وريعة والشافعي. والثانية فيها الشفعة وهو قول أبي حنيفة والثوري وابن شريح، وعن مالك كالروايتين لقوله صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر النصوص العامة ولأن الشفعة تثبت لازالة ضرر المشاركة، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره والاول ظاهر المذهب لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة» والمنقبة الطريق الضيق، رواء أبو الخطاب في رموس المسائل وروي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: لا شفعة في بر ولا فحل، ولأن إنبات الشفعة في هذا بضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إنبات الشفعة في نصيبه بالقسمة وقد يتمتع المشتري لأجل الشفيع فيتضرر البائع وقد يتمتع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إنباتها إلى نفيها ويمكن أن يقال إن الشفعة إنما تثبت لدفع الضرر الذي يلحقه بالمقاسمة لما يحتاج إليه من أحداث المرافق الخاصة ولا يوجد هذا فيما لا ينقسم، قولهم إن الضرر هنا أكثر لتأبده قلنا إلا أن الضرر في محل الوقوف من

وان طلقها بعد أخذ الشفعين رجع بنصف قيمته لان ملكها زال عنه فهو كالمالك باعته، وان طلق قبل علم الشفعين ثم علم ففيه وجهان (أحدهما) حق الشفعين مقدم لان حقه أسبق لانه ثبت بالبيع وحق الزوج بالطلاق (والثاني) حق الزوج أولى لانه ثبت بالنص والاجماع والشفعة ههنا لا نص فيها ولا اجماع فأما ان عفا الشفعين ثم طلق الزوج فرجع في نصف الشقص لم يستحق الشفعين الاخذ منه وكذلك ان جاء الفسخ من قبل المرأة فرجع الشقص كله الى الزوج لم يستحق الشفعين أخذه لانه عاد الى المالك لزوال العقد فلم يستحق به الشفعين كالرد بالبيع وكذلك كل فسخ يرجع به الشقص الى العاقد كرده ببيع أو مقايضة أو اختلاف المتبايعين أو رده لغبن وقد ذكرنا في الاقاله رواية أخرى أنها بيع فثبتت فيها الشفعة وهول قول أبي حنيفة، فعلى هذا لو لم يعلم الشفعين حتى تقابلا فله أن يأخذ من أيهما شاء وان عفا عن الشفعة في البيع ثم تقابلا فله الاخذ بها

(فصل) واذا جنى جنايتين عمداً وخطأً فصالحه منهما على شقص فالشفعة في نصف الشقص دون باقيه وبه قال أبو يوسف ومحمد وهذا على الرواية التي نقول فيها إن موجب العمد القصاص عينا وان قلنا موجب أحد شيئين وجبت الشفعة في الجميع وقال أبو حنيفة لا شفعة في الجميع لان في الاخذ بها تبيض الصفقة على المشتري

ولنا أن ما قابل الخطأ عوض عن مال فوجبت فيه الشفعة كما لو انفرد ولان الصفقة جمعت ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب فيه فوجبت فيما تجب فيه دون الآخر كما لو اشترى شقصا وسيفاً وبهذا الاصل

غير جنس هذا الضرر وهو ضرر الحاجة إلى إحداث المرافق الخاصة فلا يمكن التعدية وفي الشفعة ههنا ضرر غير موجود في محل الوفاق وهو ما ذكرناه فتعذر الاخلاق، فاما ما أمكن قسمته بما ذكرنا كالحمام الكبير الواسع بحيث اذا قسم لا يستنصر بالقسمة وأمكن الانتفاع به سحاما فان الشفعة تجب فيه وكذلك البئر والدور والعضائد متى أمكن أن يحصل من ذلك شيان كالبرق يقسم بثرين يرتقى الماء منهما وجبت الشفعة أيضاً لانه يمكن القسمة وهكذا الرحى إن كان لها حصن يمكن قسمته بحيث يحصل الحجيران في أحد القسمين أو كان فيها أربعة أحجار دائرة يمكن أن يفرد كل واحد منها بحجرين وجبت الشفعة وإن لم يكن إلا أن يحصل لكل واحد منها ما لا يتمكن به من ابقائها رحي لم تجب الشفعة، فاما الطريق فان الدار اذا بيعت ولها طريق في شارع أو درب نافذ فلا شفعة في الدار ولا الطريق لانه لا شركة لأحد في ذلك وإن كان الطريق في درب غير نافذ ولا طريق للدار سوى ذلك الطريق فلا شفعة أيضاً لان اثبات ذلك يضر بالمشتري لان الدار تبقى بلا طريق، وان كان للدرب باب آخر يستطرق منه أو كان لها موضع يفتح منه باب لها الى الطريق النافذ نظرنا في الطريق المبيع مع الدار فان كان ممرأ لا يمكن قسمته فلا شفعة فيه وان كان يمكن قسمته وجبت الشفعة فيه لانه أرض مشتركة تحتل القسمة فوجبت فيها الشفعة كغير الطريق ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال

يبطل ما ذكره، وقول أبي حنيفة أقيس لان في الشفعة تبعض الشقص على المشتري وربما لا يبقى منه الا مالا نفع فيه فأشبهه ما لو أراد أحد الشفعين أخذ بعضه مع عفو صاحبه بخلاف مسألة الشقص والسيف، وأما اذا قلنا ان الواجب أحد شيئين فباختياره الصلح سقط القصاص وتعينت الدية فكان الجميع عوضاً عن المال

(فصل) ولا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لها او لأحدهما وحده أيهما كان وقال أبو الخطاب يتخرج أن تثبت الشفعة لان الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه وقال أبو حنيفة ان كان الخيار للبائتم أولهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لان في الاخذ بها اسقاط حق البائع من الفسخ والزام البيع في حقه بغير رضائه ولان الشفع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك اليه وان كان الخيار للمشتري فقد انتقل الملك اليه ولا حق لغيره فيه والشفع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلان يملك ذلك قبل لزومه أولى وعامة ما يقدر بموت الخيار له وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة كما لو وجد به عيا وللشافعي قولان كالمذهبين

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لان الاخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضائه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يحجز كما لو كان الخيار للبائتم فالتنا إنما منعتنا من الشفعة لما فيه من ابطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع عليه في

لان الضرر يلحق المشتري بتحويل الطريق الى مكان آخر مع ما في الاخذ بالشفعة من تقريق صفقته وأخذ بعض المبيع من المقار دون بعض فلم يحجز كما لو كان الميرك في الطريق شريكاً في الدار فأراد أخذ الطريق وحدها ، والقول في دهلز الدار وصحنه كالقول في الطريق المملوك ، وان كان نصيب المشتري من الطريق أكثر من حاجته فذكر القاضي ان الشفعة تجب في الزائد بكل حال لوجود المقتضي وعدم المانع ، والصحيح انه لا شفعة فيه لان في ثبوتها تبعض صفقة المشتري ولا يخلو من الضرر **مسألة** (ولا تجب فيما ليس بمقار كالشجر والحيوان والبناء المفرد في احدى الروايتين الا أن

الفراس والبناء يؤخذ تبعاً للأرض ولا يؤخذ الزرع والثمرة تبعاً في احد الوجهين)
وجملة ذلك أن من شروط وجوب الشفعة أن يكون المبيع أرضاً لأنها التي تبقى على الدوام وبدوم ضررها وغيرها ينقسم قسمين

(أحدهما) تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض وهو البناء والنزاس يباع مع الأرض فانه يؤخذ بالشفعة تبعاً بغير خلاف في المذهب ولا تعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً ، وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم ربة أو حائط وهذا يدخل فيه البناء والاشجار (القسم الثاني) مالا تثبت فيه الشفعة تبعاً ولا مفرداً وهو الزرع والثمرة الظاهرة ويباع مع الأرض فلا يؤخذ بالشفعة مع الاصل وهو قول الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك يؤخذ بالشفعة مع أصوله ، وقد ذكر أصحابنا وجهاً مثل قولها لانه متصل بما فيه الشفعة فتثبت فيه الشفعة تبعاً كالبناء والفراس

عين مالها وهما في نظر الشرع على السواء، وفارق الرد بالعيب فانه انما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفعين فان باع الشفع حصته في مدة الخيار طالما يبيع الاول سقطت شفعته وانتهت الشفعة فيما باعه للمشتري الاول في الصحيح من المذهب، وفي وجه آخر انه يثبت للبائع بناء على الملك في مدة الخيار لمن هو منها وان باعه قبل علمه بالبيع فكذلك وهو مذهب الشافعي لان ملكه زال قبل ثبوت الشفعة، ويتوجه على تخرج أبي الخطاب ان لا تسقط شفعته فيكون له على هذا أخذ الشقص من المشتري الاول وللمشتري الاول أن يأخذ الشقص الذي باعه الشفعين من مشتريه لانه كان شريكا للشفيع حين يبعه

(فصل) وبيع المريض كيس الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام اذا باع بشمن المثل سواء كان لوأرت أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوأرت لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا انه انما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزده على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المرتهن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ما له لا يمنع التصرف في ذمته، فاما يبعه بالمحاباة فلا يخلو اما أن يكون لوأرت أول غيره فان كان لوأرت بطلت المحاباة لانها في المرض بمنزلة الوصية والوصية لوأرت لا تجوز ويبطل البيع في قدر المحاباة من المبيع، وهل يصح فيما عداه؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري بذل الثمن في كل المبيع

ولنا انه لا يدخل في البيع تبعا فلا يؤخذ بالشفعة كقماش الدار وعكسه البناء والفراش، يحقق ذلك ان الشفعة بيع في الحقيقة لكن الشارع جعل له سلطان الاخذ بغير رضى المشتري، فان بيع الشجر وفيه ثمرة غير ظاهرة كالطلم غير المؤبر دخل في الشفعة لانها تباع في البيع فأشبهت الفراس في الارض فان بيع ذلك مفرداً فلا شفعة فيه سواء كان بمن ينقل كالحيوان والياب والسفن والحجارة والزرع والثمار أولا ينقل كالبناء والفراش اذا بيع مفرداً وبهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي وروي عن الحسن والثوري والاوزاعي والعنبري وقتادة وربيعه واسحاق لا شفعة في المنقولات، واختلف فيه عن عطاء ومالك فقالا مرة كذلك ومرة قالوا الشفعة في كل شيء حتى في الثوب، قال ابن أبي موسى وقد روي عن أبي عبد الله رواية أخرى ان الشفعة واجبة فيما لا ينقسم كالحجر والسيوف والحيوان وما في معنى ذلك قال أبو الخطاب وعن احمد ان الشفعة تجب في البناء والفراش وان بيع مفرداً وهو قول مالك لعموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» ولان الشفعة وجبت لدفع الضرر والضرر فيما لا ينقسم أبلغ منه فيما ينقسم وقد روى ابن أبي مليكة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال «الشفعة في كل شيء» ولنا أن قول النبي صلى الله عليه وسلم «الشفعة فيما لم يقسم» فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» لا يتناول الا ما ذكرناه وانما أراد ما لا ينقسم من الارض لقوله «فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق»

فلم يصح في بيعه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قال قبلت نصفه بخمسة، ولأنه لم يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي توجب عليه فلم يصح كتفريق الصفقة الثاني أنه يبطل البيع في قدر المحاباة ويصح فيها يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيعين أخذ ما صح البيع فيه وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من المحاباة فاختص بما يقابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع ويقف على إجازة الورثة لان الوضعية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك المحاباة له فان أجازوا المحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الاخذ به لانه يأخذ بالثمن وان ردوا بطل البيع في قدر المحاباة وصح فيها بقي ولا يملك الشفيع الاخذ قبل إجازة الورثة وردهم لان حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه وان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الاخذ بالشفعة قدم الشفيع لانه لا ضرر على المشتري وجري مجرى المبيع اذا رضى الشفيع بعينه (القسم الثاني) اذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فان لم تزد المحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الاخذ بها بذلك الثمن لان البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخصاً وان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل المحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الاخذ بالشفعة لان المحاباة وقعت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني)

ولان هذا مما لا يبتاق ضرره على الدوام فلم تجب فيه الشفعة كصبرة الطعام وحديث ابن أبي مليكة مرسل ولم يرو في الكتب الموثوق بها والحكم في انفراد والدولاب والتاعورة كالحكم في البناء، فأما ان يبتع الشجرة مع قرارها من الارض مفردة عما يتخللها من الارض فخكها حكم ما لا ينقسم من العقار فيه من الخلاف ما ذكرناه لانه مما لا ينقسم ويحتمل أن لا تجب الشفعة فيها بحال لان القرارات تابع لها فاذا لم تجب الشفعة فيها مفردة لم تجب في تبعها، وان يبتع حصّة من علودار مشترك وكان السقف الذي تحته لصاحب السفلى فلا شفعة في العلوانه بناء مفرد وان كان لصاحب العلوف كذلك لانه بناء مفرد لكونه لأرض له فهو كالمبنى السقف له ويحتمل ثبوت الشفعة فيه لان له قراراً أشبه السفلى

(فصل) (الشرط الثالث المطالبة بها على الفور ساعة يعلم نص عليه، وقال القاضي له طلبها في المجلس

وان طال فان آخر الطلب سقطت شفعته)

ظاهر المذهب ان حق الشفعة على الفور ان طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهو قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وابي حنيفة والغزيري والشافعي في جديد قوله وعن أحمد رواية ثانية ان الشفعة على التراخي لا تسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى بعفو أو مطالبة بقسمة ونحوه وهو قول مالك وقول الشافعي الا أن مالكاً قال تنقطع بمضي سنة وغنه بمضي مدة يعلم انه تارك لها لان هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق الفصاص، ويبان عدم الضرر ان التفع للمشتري باستغلال المبيع فان أحدث فيه عمارة من بناء أو غراس

يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لا تنا لو أبتناها جعلنا للموروث سيلا الى
الى اثبات حتى لو ارثه في المحابة ويفارق الهبة لغريم الوارث لان استحقاق الوارث الاخذ بدينه لا
من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالبيع الحاصل من موزونه فافترقا ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة
أوجه وجهان كهذين والثالث أن البيع باطل من أصله لانضائه الى إبطال المحابة الى الوارث وهذا
فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل بطلان فرع له، وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث
المحابة إنما حصلت لغريمه ووصلت اليه بجهة الاخذ من المشتري فأشبهه به غريم الوارث (الوجه الرابع)
ان للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا المحابة بقدره من الثمن بمنزلة هبة المقابل للمحابة لان المحابة بالنصف
مثلا هبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة هبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان
الموهوب لاشفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر المحابة وهذا فاسد لانها محابة لأجنبي بما دون
الثالث فلا تبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوقا

(فصل) وملك الشفيع الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذته بالثمن
أو تملكته بالثمن أو نحو ذلك اذا كان الثمن والشقص معلومين ولا يقتصر الى حكم حاكم وبهذا قال
الشافعي وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة
كان كالإيجاب في البيع انضم اليه القبول وقال أبو حنيفة يحصل بحكم الحاكم لانه نقل الملك عن

فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى واثوري ان الخيار بمقدار ثلاثة أيام وهو أحد أقوال الشافعي لان الثلاث
حدها خيار الشرط فصاحت حدا لهذا الخيار

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « الشفعة كحل
العقال » رواه ابن ماجه وفي لفظ « الشفعة كمنشطة العقال ان قيدت ثبتت وان تركت فاللوم على من تركها » وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال « الشفعة لمن واثبها » رواه الفقهاء في كتبهم ولانه خيار لدفع الضرر عن
المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب لان اثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على
المبيع ويمنعه من التصرف بهارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لان خسارتها في الغالب
أكثر من قيمتها مع تعب قلبه وبدنه فيها، والتحديد بثلاثة أيام تحكماً لدليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع
ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب اذا تقرر وهذا فقال ابن حامد بتقدير الخيار بالمجلس وهو قول القاضي وبه قال أبو
حنيفة فتنى طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وان طال لان المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه
لا يشترط فيه القبض كالمقبض حالة العقد، وظاهر كلام أحمد انه لا يتقدر بالمجلس بل متى طالب عقيب علمه والا
بطلت شفعته وهو ظاهر كلام الحرقي وقول الشافعي في الجديد لما ذكرنا من الخبر والمعنى، وما ذكره يبطل
بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم ان غير عذر بطلت شفعته وان أخرها لمعذر مثل أن
أن لا يعلم أو يعلم ليلا فيؤخر الى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب أو أخرها لطهارة أو اغلاق

مالسكه الى غيره قهراً فافتقر الى حكم الحاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنس والاجماع فلم يفتقر الى حاكم كالرد بالعيب وما ذكره ينتقض بهذا الاصل وبأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولأنه مال يملكه قهراً فلا يملكه بالاخذ كالفنائم والمباحات وباللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فانتقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك بالمطالبة بمجرد اها لا يصح لانه لو ملك بها لما سقطت الشفعة بالمقو بعد المطالبة ولو جب أنه اذا كان له شفيعان فطلبها الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه . اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لان الشقص يؤخذ قهراً والمفطور لا خيار له والآخذ قهراً لا خيار له أيضاً كمسترجع المبيع لعيب في ثمنه أو الثمن لعيب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لانه بيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(فصل) واذا أراد الشفيع أخذ الشقص وكان في يد المشتري أخذه منه وان كان في يد البائنه أخذه منه وكان كأخذه من المشتري هذا قياس المذهب وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع

باب أوليخرج من الحمام أوليؤذن ويقم ويأتي بالصلاة وستنها أوليشهدا في جماعة يخاف فونها لم تبطل شفعتها لان العادة تقدم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة الا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الاحوال فيمكنه مطالبته من غير اشتغاله عن اشتغاله فان شفعتها تبطل بترك المطالبة لان هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه فامام غيبته فلا فان العادة تقدم هذه الاشياء فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه ويحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفعتها لانه طلب بحكم العادة ، واذا فرغ من خواتجه مضى على حسب عادته الى المشتري فاذا لقيه بدأه بالسلام لان ذلك السنة لان في الحديث « من بدأ بالسلام قبل السلام فلا تحيوه » ثم يطالب فان قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمغفرة ونحو ذلك لم تبطل شفعتها لان ذلك يتصل بالسلام فهو من جملة والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لان الشقص يرجع اليه فلا يكون ذلك رضافاً ان اشتغل بكلام آخر أو سكت غير حاجة بطلت شفعتها لما قدمنا

(مسئلة) (الا أن يعلم وهو غائب فيشهد على الطلب ثم ان اخر الطلب بعد الاشهاد مع امكانه أو ترك الاشهاد أو لم يشهد لكن سار في طلبها فعلى وجبين)

متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد على المطالبة فلم يفعل بطلت شفعتها سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام هذا ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طاب وهو ظاهر قول الحرقي وهو وجه

المعار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس المقدار فصار كما لو قبضه المشتري وقال القاضي ليس له أخذه من البائع ويجبر الحاكم المشتري على قبضه ثم يأخذه الشفيع منه وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره ، وبهذا ذلك على أن البيع لا يتم إلا بالقبض فإذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة (فصل) إذا أقر البائع بالبيع وأنكر المشتري ففيه وجهان (أحدهما) للشفيع الأخذ بالشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) ليس له الأخذ بها ونصره الشريف أبو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعها ولأن الشفيع إنما يأخذ الشقص من المشتري وإذا أنكر البيع لم يمكن الأخذ منه ووجه الأول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فإذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفيع كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لأخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فيوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه فعلي هذا يقبض الشفيع من البائع ويسلم إليه الثمن ويكون درك الشفيع على البائع لأن القبض منه ولم يثبت الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون المهدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان المهدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحكمة، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا ادفع اليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهل لا قلّم هنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غيره وجهنا

لشافعي والوجه الآخر لا يحتاج إلى الإشهاد لأنه إذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه ولنا أنه قد ترك الطلب للمعذور وقد تركه لغيره وقد سير لطلب الشفعة ويسير لغيره وقد قدر على أن يبين ذلك بالإشهاد فإذا لم يفعل سقطت شفعته كترك الطلب مع الحضور وقال القاضي إن سار عقيب علمه إلى البلد الذي فيه المشتري من غير أشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لأن ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والعنبري وقول للشافعي وقال أصحاب الرأي له من أجل بعد العلم قدر السير فإن مضى أجل قبل أن يطلب أو بيعت بطلت شفعته وقال العنبري له مسافة الطريق ذاهباً وجائياً لأن عذره في ترك الطلب ظاهر فلم ينج معاً إلى الشهادة وقد ذكرنا وجه القول الأول

(فصل) فإن أقر الطلب بعد الإشهاد مع إمكانه فظاهر كلام الخرق أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل إذا قدر على السير وأخره وإن لم يقدر على السير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لأنه تارك للطلب بهام قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي ، إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجهين (أحدهما) لا تبطل شفعته لأن له غرضاً في المطالبة بنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه إقراره فكان معذوراً ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا التزامه بكلفه وقد يكون له حوائج وتجارة ينقطع عنها وتضييع بقيته

بخلافه ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا المبيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو المشتري والمشتري يقول لا استحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري أما أن يقبضه وأما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لا أحدهما وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبيع وأنكر البائع أنه لم يقبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً هذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً إنما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (قال ومن لم يطالب بالشفعة في وقت علمه بالبيع فلا شفعة له)

الصحيح في المذهب أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع والا بطلت نص عليه أحمد في رواية أبي طالب فقال الشفعة بالمواثبة ساعة يعلم وهذا قول ابن شبرمة والبتي والاوزاعي وأبي حنيفة والعنبري والشافعي في أحد قوليه وحكي عن أحمد رواية ثانية أن الشفعة على التراخي

والتوكيد أن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل ففيه منة وبخاف الضرر من جهة فاكتمى بالأشهاد قاما أن ترك السفر لم يجزه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفيعته وجهاً واحداً لأنه معذور فهو كمن لم يعلم

(فصل) تجب الشفعة للغائب في قول الأكرين منهم مالك والثوري والاوزاعي والشافعي وأصحاب الرأي وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبتي إلا للغائب القريب لأن أئمتها يضر بالمشتري ويمنع استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفاً من أخذه فلم يثبت كمال يثبت للحاضر على التراخي ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الأحاديث ولأن الشفعة حق مالي وجديبيه بالنسبة إلى الغائب فيثبت له كالارث ولأنه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه بالحاضر إذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يدفع بإيجاب الثمن له كما في الصور المذكورة. إذا ثبت هذا ولم يعلم بالبيع إلا عند قدومه فله المطالبة وإن طالت غيبته لأنه خيار ثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالدعوى بالبيع ومتى علم في حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه إن طالب على الفور استحقق والا بطلت شفيعته، وحكم المريض والمحبوس ومن لم يعلم بالبيع حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) (قال ترك الطلب والأشهاد لم يجزه عنها كالمريض والمحبوس ومن لا يجد من

يشهده لم تبطل شفيعته)

أما إذا كان مرضه لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح، وإن كان المرض

لا تسقط ما لم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بغسمة ونحو ذلك وهذا قول مالك وقول الشافعي إلا أن مالكاً قال تنقطع بعضي سنة وعنه بعضي مدة يعلم أنه تارك لها لأن هذا الخيار لا ضرر في تراخيه فلم يسقط بالتأخير كحق القصاص ويبان عدم الضرر أن النفع للمشتري باستغلال المبيع وإن أحدث فيه عمارة من غراس أو بناء فله قيمته وحكي عن ابن أبي ليلى والثوري أن الخيار مقدر بثلاثة أيام وهو قول الشافعي لأن الثلاث حد بها خيار الشرط فصلحت حدا لهذا الخيار والله أعلم

ولنا ما روى ابن السلمي عن أبيه عن عمر قال قال رسول الله (ص) «الشفعة كحل العقال - وفي لفظ أنه قال - الشفعة كمنشطة العقال إن قيدت ثبتت وإن تركت فاللوم على من تركها» وروى عن النبي (ص) أنه قال «الشفعة لمن واثبها» رواه الفقهاء في كتبهم لأنه خيار لدفع الضرر عن المال فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ولأن إثباته على التراخي يضر المشتري لكونه لا يستقر ملكه على المبيع ويمنعه من التصرف بعمارة خشية أخذه منه ولا يندفع عنه الضرر بدفع قيمته لأن خسارتها في الغالب أكثر من قيمتها مع لعب قلبه وبدنه فيها والتحديد بثلاثة أيام تحك لا دليل عليه، والاصل المقيس عليه ممنوع ثم هو باطل بخيار الرد بالعيب، وإذا تقرر هذا فقال ابن حامد يتقدر الخيار بالجلس وهو قول أبي حنيفة فقي طالب في مجلس العلم ثبتت الشفعة وإن طال لأن المجلس كله في حكم حالة العقد بدليل أن القبض فيه لما يشترط فيه القبض كالتبض حالة العقد. وظاهر كلام الحنفي أنه لا يتقدر بالجلس بل متى بادر

يمنع المطالبة كالحمى وأشباها فهو كالتائب في الاشهاد والتوكيل، وأما المحبوس فإن كان حبس ظمناً أو بدين لا يمكنه أدائه فهو كالمرضى وإن كان محبوساً بحق يلزمه أدائه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل بطلت شفعته

(فصل) فإن عجز عن الاشهاد في سفره لم تبطل شفعته بغير خلاف لأنه معذور في تركه فأشبه ما لو ترك الطلب لعذر أو لعدم العلم، ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب بالشفعة أن كان لعذر لم تسقط الشفعة وإن كان لعذر سقطت لأن الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر إلا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفعته بتركه لأن قولهم غير مقبول فلم تلزم شهادتهم كالاطفال والمجانين، وإن لم يجد من يشهده إلا من لا يقدم معه إلى موضع المطالبة فلم يشهد فالأولى أن شفعته لا تبطل لأن اشهادها لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته، وإن لم يجد إلا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل لأن شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبه العديلين، ويحتمل أن لا تبطل لأنه يحتاج في اثبات شهادتهما إلى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما فإن أشهدا لم تبطل شفعته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لا يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك إن لم يقدر إلا على اشهاد واحد فأشبهه أو ترك اشهاد

فطالب عقيب علمه وإلا بطلت شفעתه، وهذا ظاهر كلام أحمد وقول للشافعي لما ذكرنا من الخبر والمعنى. وما ذكرناه يبطل بخيار الرد بالعيب، فعلى هذا متى أخر المطالبة عن وقت العلم لغير عذر بطلت شفעתه، وإن أخرها لعذر مثل أن يعلم ليلاً فيؤخره إلى الصبح أو لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب، أو لطهارة أو اغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة وسنتها أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها لم تبطل شفעתه لأن العادة تقديم هذه الحوائج على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضى بترك الشفعة إلا أن يكون المشتري حاضراً عنده في هذه الأحوال فيمكنه أن يطالبه من غير اشتغاله عن أشغاله فإن شفעתه تبطل بتركه المطالبة لأن هذا لا يشغله عنها ولا تشغله المطالبة عنه، فأما مع غيبته فلا لأن العادة تقديم هذه الحوائج فلم يلزمه تأخيرها كما لو أمكنه أن يسرع في مثبته أو يحرك دابته فلم يفعل ومضى على حسب عادته لم تسقط شفעתه لأنه طلب بحكم العادة. وإذا فرغ من حوائجه مضى على حسب عادته إلى المشتري فإذا لقيه بدأ بالسلام لأن ذلك السنة وقد جاء في حديث «من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تحيوه» ثم يطالب وإن قال بعد السلام بارك الله لك في صفقة يمينك أو دعا له بالمنفرة ونحو ذلك لم تبطل شفעתه لأن ذلك يتصل بالسلام فيكون من جملته والدعاء له بالبركة في الصفقة دعاء لنفسه لأن الشقص يرجع إليه فلا يكون ذلك رضى. وإن اشتغل بكلام آخر أو سكت لغير حاجة بطلت شفעתه لا مقدمة (فصل) فإن أجبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل

(مسئلة) (أو لاظهارهم زيادة في الثمن أو نقصاً في المبيع أو ان المشتري غيره أو أخبره من لا يقبل خبره فلم يصدقه أو قال للمشتري بعني ما اشتريت أو صالحني سقطت شفعتي) إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع عليه العقد فترك الشفيع الشفعة لم تبطل بذلك وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يحلف ما سلمت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها لعذر فانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد يعجز عن الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم وكذلك ان ظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة لأنه قد يرغب في الكثير دون القليل وكذلك ان كان بالعكس لأنه قد يقدر على ثمن القليل دون الكثير أو انهما تبايعا بدنانير فبانت بدراهم أو بالعكس وبه قال الشافعي وزفر، وقال أبو حنيفة وصاحبا ان كان قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنهما جنسان أشبه الثياب والحيوان ولأنه قد يملك النقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فيتركه لعدم ملكه وكذلك إن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بعرض أو بالعكس أو بنوع من العروض فبان أنه بغيره أو أظهر أنه اشتراه له فبان أنه اشتراه لغيره أو بالعكس أو انه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى بشركة لإنسان دون غيره وقد يحابي أنساناً أو يخافه

خبره أو لا يقبل لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه . وان قال لم أصدقه وكان الخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولها حجة تثبت بها الحقوق . وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل شفעתه . وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت به الشفعة كخبر العدل ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع فأشبهه قول الطفل والمجنون وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ويحتمل أن لا تسقط ويروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البيئة .

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية . وفارق الشهادة فانه محتاط لها باللفظ والمجلس وحضور المدعى عليه وإنكاره ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر والمرأة في ذلك كالرجل والعبد كالحرة وقال القاضي هما كالفاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا أن هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحرة كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر (فصل) اذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع العقد به فترك الشفيع الشفعة لم تسقط الشفعة بذلك

فيترك لذلك ، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو أنه اشترى نصفه بثمن فبان أنه اشترى جميعه بضعفه أو أنه اشترى الثلث بثلثه فبان أنه اشترى كله بضعفه أو بالعكس لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لانه قد يكون له غرض فيما أبطنه دون ما أظهره فيتترك لذلك فلم تسقط شفעתه كما لو أظهر أنه اشترى بثمن فبان أقل منه . فأما ان أظهر أنه اشترى بثمن فبان أنه اشترى بأكثر أو أنه اشترى الكل بثمن فبان أنه اشترى به بعضه سقطت شفעתه لان الضرر فيما أبطنه أكثر فاذا لم يرش بالثمن القليل مع قلة ضرره فبالكثير أولى

(فصل) فان أخبره بالبيع مخبر فصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت شفעתه سواء كان المخبر ممن يقبل خبره أولا لان العلم قد يحصل بخبر من لا يقبل خبره لقرائن دالة على صدقه وان قال لم أصدقه وكان المخبر ممن يحكم بشهادته كرجلين عدلين بطلت شفעתه لان قولهم حجة تثبت بها الحقوق ، وان كان ممن لا يعمل بقوله كالفاسق والصبي لم تبطل وحكي عن أبي يوسف أنها تسقط لانه خبر يعمل به في الشرع في الاذن في دخول الدار وشبهه فسقطت كخبر العدل

ولنا أنه خبر لا يقبل في الشرع أشبهه قول الطفل والمجنون ، وان أخبره رجل عدل أو مستور الحال سقطت شفעתه ، ويحتمل ان لا تسقط يروى هذا عن أبي حنيفة وزفر لان الواحد لا تقوم به البيئة .

وهذا قال الشافعي وأصحاب الرأي ومالك إلا أنه قال بعد أن يخاف ما سلت الشفعة إلا لمكان الثمن الكثير وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له لأنه سلم ورضي

ولنا أنه تركها للمذرفانه لا يرضاه بالثمن الكثير ويرضاه بالقليل وقد لا يكون معه الكثير فلم تسقط بذلك كما لو تركها لعدم العلم، وكذلك ان أظهر أن المبيع سهام قليلة فبانت كثيرة أو أظهر أنها تباعا بدنانير فبان أنها دراهم أو بدراهم فبانت دنانير وبهذا قال الشافعي وزفر وقال أبو حنيفة وصاحباؤه ان كانت قيمتهما سواء سقطت الشفعة لانهما كالجنس الواحد

ولنا أنها جنسان فأشبهها الثياب والحيوان ولأنه قد تملك بالنقد الذي وقع به البيع دون ما أظهره فتركه لعدم ملكه، وكذلك أن أظهر أنه اشتراه بنقد فبان أنه اشتراه بمرض أو بمرض فبان أنه بنقد أو بنوع من العرض فبان أنه بغيره أو اشتراه مشتر فبان أنه اشتراه لغيره أو أظهر أنه اشتراه لغيره فبان أنه اشتراه له أو أنه اشتراه لإنسان فبان أنه اشتراه لغيره لأنه قد يرضى شركة لإنسان دون غيره وقد يحايي إنسانا أو يخافه فيترك لذلك، وكذلك ان أظهر أنه اشترى الكل بثلث فبان أنه اشترى نصفه بنصفه أو انه اشترى نصفه بثلث فبان أنه اشترى جميعه بنصفه أو أنه اشترى النقص وحده فبان انه اشتراه هو أو غيره أو أنه اشتراه هو وغيره فبان أنه اشتراه وحده لم تسقط الشفعة في جميع ذلك لأنه قد يكون له غرض فيها أبطنه دون ما أظهره فيترك لذلك فلم تسقط شفعته كما لو أظهر أنه اشتراه بثلث فبان أقل منه، فاما ان أظهر أنه اشتراه بثلث فبان أنه اشتراه بأكثر أو أنه اشترى الكل بثلث فبان أنه اشترى به بعضه سقطت

ولنا أنه خبر لا تعتبر فيه الشهادة فقبل من العدل كالرواية والفتيا وسائر الاخبار الدينية، وفارق الشهادة فانه يحتاج لها باللفظ والحجس وحضور المدعى عليه وإنكاره، ولان الشهادة يعارضها إنكار المنكر وتوجب الحق عليه بخلاف هذا الخبر، والمرأة كالرجل في ذلك والعبد كالحرة وقال القاضي هما كالقاسق والصبي وهذا مذهب الشافعي لان قولها لا يثبت به حق

ولنا ان هذا خبر وليس بشهادة فاستوى فيه الرجل والمرأة والعبد والحرة كالرواية والاخبار الدينية والعبد من أهل الشهادة فيما عدا الحدود والقصاص وهذا مما عداها فأشبهه الحر (مسئله) (وان قال الشفيع للمشتري بني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته)

لأنه يدل على رضا بشرائه وتركه الشفعة وان قال صاحبي على مال سقطت أيضا وهو قول أبي الخطاب وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض بأسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضها فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بني فلم يبيعه ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بموضع لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز كإخذ العوض عن تملك المرأة أمرها

شفعته لان الضرر فيها أبطنه أكثر فاذا لم يرض به بالثمن القليل مع قلة ضرره فالكثير أولى (فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا على حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لانها خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو أمكنت المنة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وان تركها جهلاً باستحقاقها بطلت كارد بالعيب

(فصل) واذا قال الشفيع المشتري بعني ما اشتريت أو قاسمني بطلت شفعته لأنه يدل على رضا بشرائه وتركه للشفعة وان قال صالحني على مال سقطت أيضاً وقال القاضي لا تسقط لأنه لم يرض باسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة

ولنا أنه رضي بتركها وطلب عوضاً فثبت الترك المرضي به ولم يثبت العوض كما لو قال بعني فلم يده ولان ترك المطالبة بها كاف في سقوطها فمع طلب عوضها أولى ولا أصحاب الشافعي وجهان كهذين فان صالحه عنها بموض لم يصح وبه قال أبو حنيفة والشافعي وقال مالك يصح لأنه عوض عن إزالة ملك فجاز أخذ العوض عنه كتمليك امرأة أمرها

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يحجز أخذ العوض عنه كخيار الشرط وبه يطل ما قاله وأما الخلع فهو معاوضة عما ملكه بموض وههنا بخلافه

(فصل) وان لقيه الشفيع في غير بلده فلم يطالبه وقال إنما تركت المطالبة لأطالبه في البلد الذي فيه البيع أو المبيع أو لاخذ الشقص في موضع الشفعة سقطت شفعته لان ذلك ليس بعذر في ترك المطالبة فانها لا تقف على تسليم الشقص ولا حضور البلد الذي هو فيه، وان قال نسيت فلم اذكر المطالبة أو نسيت البيع سقطت شفعته لأنه خيار على الفور فاذا أخره نسياناً بطل كارد بالعيب وكما لو أمكنت المنة زوجها من وطئها نسياناً ويحتمل أن لا تسقط المطالبة لأنه تركها لعذر فأشبه ما لو تركها لعدم علمه بها وإن تركها جهلاً لاستحقاقها اذا كان مثله يجهل ذلك بطلت كارد بالعيب ويحتمل أن لا تبطل كما اذا ادعت المنة الجهل بملك الفسخ

(مسئلة) (وان دل في البيع لم تبطل شفعته) لان ذلك لا يدل على الرضى باسقاطها بل لعله أراد البيع ليأخذ بالشفعة

(مسئلة) (وان توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفعته بذلك سواء توكل للبائع أو للمشتري)

ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي، وقال القاضي وبعض الشافعية إن كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لسكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف المشتري وقال

ولنا أنه خيار لا يسقط الى مال فلم يميز أخذ العوض عنه كخيار الشرط ويبطل ما قاله بخيار الشرط وأما الخلع فهو معاوضة عما ما ملكه بموض وهنا بخلافه
(فصل) وان قال أخذ نصف الشقص سقطت شفته وبهذا قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لان طلبه ببعضها طلب بجميعها لكونها لا تبعض ولا يجوز أخذ بعضها ولنا انه تارك لطلب بعضها فيسقط ويسقط باقيةا لانها لا تبعض ولا يصح ما ذكره فان طلب بعضها ليس بطلب لجميعها وما لا تبعض لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالنكاح، وبخلاف السقوط فان الجميع يسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق والعناق

(فصل) وان أخذ الشقص بشئ مفسوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفته لانه بالعقد استحق الشقص بمنزلة ثمنه في الذمة فاذا عينه فيما لا يملكه سقط التمين وبقي الاستحقاق في الذمة فأشبه ما لو أخر الثمن أو كما لو اشترى شيئاً آخر ونقده فيه ثمناً مفسوباً (والثاني) تسقط شفته لان أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فتسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(فصل) ومن وجبت له الشفعة فباع نصيبه علماً بذلك سقطت شفته لانه لم يبق له ملك يستحق به ولان الشفعة ثبتت له لازالة الضرر الحاصل بالشركة عنه وقد زال ذلك ببيعه ، وإن باع بعضه ففيه وجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لانها استحققت بجميعه فاذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من استحقاق

أصحاب الرأي لا شفعة لو كبل المشتري بناء على أصلهم ان الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه لو كبل فلا تسقط شفته كالأجر ولا نسلم ان الملك ينتقل الى الوكيل بل ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى الوكيل لما ثبت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفته راضياً بتصرفه فلم يؤثر كالأجر وكله في الشراء من نفسه، فعلى هذا لو قال لشريكه بم نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منها في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(مسئلة) (وان جعل له الخيار فاختار امضاء البيع فهو على شفته)

اذا شرط للشفيع الخيار فاختار امضاء العقد أو ضمن العهدة للمشتري فالشفعة بحالها وبه قال الشافعي وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فأشبهه البائت إذا باع بعض نصيب نفسه ولنا ان هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعتق عن الشفعة قبل تمام البيع وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكاً فان البيع تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(مسئلة) (وان أسقط شفته قبل البيع لم تسقط ويحتمل أن تسقط)

اذا عفا الشفيع عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفعتي أو ما أشبه ذلك

الشفعة فيسقط باقيها لأنها لا تتبعض فيسقط جميعها بسقوط بعضها كالكاح والرق وكما لو عني عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد فكذلك إذا بقي للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني في المسئلة الأولى وفي الثانية إذا قلنا تسقط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك انتصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق غناؤه وفوائده واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يوجد بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه منزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصداق قبل الدخول والشقص الموهوب للولد. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين، فأما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالمبيع الأول فقال القاضي تسقط شفيعته أيضاً لما ذكرناه ولأنه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف الضرر بسببه فصار كمن اشترى مبيعاً فلم يعلم به حتى زال أو حتى باعه فعلى هذا حكمه حكم ما لو باع مع علمه سواء فيما إذا باع جميعه أو بعضه، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفيعته

لم تسقط وله المطالبة بها في ظاهر المذهب وبه قال مالك والشافعي والبيهقي وأصحاب الرأي، وعن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن إسماعيل بن سعيد قال قلت لأحمد ما معني قول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان بينه وبين أخيه ربة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « لا يحل له إلا أن يعرضها عليه إذا كانت الشفعة ثابتة » فقال ما هو بعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له شفعة وهذا قول الحكم والثوري وأبي خزيمة وطائفة من أهل الحديث، قال ابن المنذر وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل، واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم « من كان له شركة في أرض ربة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه فان شاء أخذ وإن شاء ترك » ومحال أن يقول النبي صلى الله عليه وسلم « وإن شاء ترك » فلا يكون تركه معني ولأن مفهوم قوله « فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به » أنه إذا باعه بأذنه لا حق له ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري بغير رضاه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الإحسان إليه في عوضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فانه قد عرض له عليه، وامتاعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه يبيعه فان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بمدا المبيع . ووجه الأول أنه اسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كالأبراء مما يجب له أولو أسقطت المرأة صداقها قبل الزويج، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد المرض عليه ليعتاق ذلك أن أراد فتحظ عليه المؤنة

لأنها ثبتت له ولم يوجد منه رضى بتركها ولا ما يدل على اسقاطها والاصل بقاءها فبقى، وفارق ما اذا علم فان بيعة دليل على رضاء بتركها، فعلى هذا للبائع الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عني عنه فالمشتري الاول أخذ الشقص من المشتري الثاني وان أخذ منه قبل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين

(مسئلة) قال (ومن كان غائبا وعلم بالبيع في وقت قدومه فله الشفعة وان طالت غيبته)

وجملة ذلك أن الغائب له شفعة في قول أكثر أهل العلم روى ذلك عن شريح والحسن وعطاء وبه قال مالك والليث والثوري والاوزاعي والشافعي والعبدي وأصحاب الرأي، وروى عن النخعي ليس للغائب شفعة وبه قال الحارث المكي والبياتي إلا للغائب القريب لان اثبات الشفعة له يضرر بالمشتري ويمنع من استقرار ملكه وتصرفه على حسب اختياره خوفا من أخذه فلم يثبت ذلك كنبوته للحاضر على التراخي . ولنا عموم قوله عليه السلام «الشفعة فيما لم يقسم» وسائر الاحاديث ولان الشفعة حق مائي وجد سببه بالنسبة الى الغائب فيثبت له كالارث . ولانه شريك لم يعلم بالبيع فثبت له الشفعة عند علمه كالحاضر اذا كتم عنه البيع والغائب غيبة قريبة وضرر المشتري يندفع بإيجاب القيمة له كما في الصور المذكورة . اذا ثبت هذا فانه اذا لم يعلم بالبيع الا وقت قدومه فله المطالبة وان طالت غيبته لان هذا الخيار يثبت لازالة الضرر عن المال فتراخي الزمان قبل العلم به لا يسقطه كالرد بالعيب

ويكتفي بأخذ المشتري الشقص لا اسقاط حقه من شفخته

(مسئلة) (وان ترك الولي شفعة للصبي فيها حظ له لم تسقط وله الاخذ بها اذا كبر وان تركها لعدم

الحظ فيها سقطت ذكره ابن حامد وقال القاضي يحتمل أن لا تسقط)

اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعبدي واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروى ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ لما فيه من الاضرار بالمشتري ، وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ كالأجنبي

ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جمل لازالة الضرر عن المال فثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ ممنوع فان الولي يأخذ بها كما يرد بالعيب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيل الملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك ما فيه الحظ ملك ما فيه تضييع ولان العفو إسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطه بذليل سائر حقوقه وديونه ، فان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب، وبه يبطل ما ذكره من الضرر في الانتظار. اذا ثبت هذا فان الصغير اذا كبر فله الاخذ بها في ظاهر قول الحارثي سواء عفا

ومتى علم حكمه في المطالبة حكم الحاضر في أنه ان طالب على الفور استحق والا بطلت شفعته وحكم المريض والمحبوس وسائر من لم يعلم البيع لعذر حكم الغائب لما ذكرنا

(مسئلة) قال (وان علم وهو في السفر فلم يشهد على مطالبة فلا شفعة له)

ظاهر هذا أنه متى علم الغائب بالبيع وقدر على الاشهاد وعلى المطالبة فلم يفعل أن شفعته تسقط سواء قدر على التوكيل أو عجز عنه أو سار عقيب العلم أو أقام وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب في الغائب له الشفعة اذا بلغه أشهد ولا فليس له شيء وهو وجه للشافعي والوجه الآخر لا يحتاج الى الاشهاد لانه اذا ثبت عذره فالظاهر أنه ترك الشفعة لذلك فقبل قوله فيه

ولنا أنه قد يترك الطلب للعذر وقد يترك لغيره وقد يسير لطلب الشفعة وقد يسير لغيره وقد قدر أن يبين ذلك بالاشهاد فاذا لم يفعل سقطت شفعته كتارك الطلب مع حضوره، وقال القاضي ان سار عقيب علمه الى البلد الذي فيه المشتري من غير اشهاد احتمل أن لا تبطل شفعته لان ظاهر سيره أنه للطلب وهو قول أصحاب الرأي والمزني وقول للشافعي، وقال أصحاب الرأي له من الاجل بعد العلم قدر السير فان مضى الاجل قبل أن يبعث أو يطلب بطلت شفعته وقال المزني له مسافة الطريق ذاهباً ورجائاً لان عذره في ترك الطلب ظاهر فلم يحتج معه الى الشهادة، وقد ذكرنا وجه قول الحرق ولا خلاف في أنه إذا عجز عن الاشهاد في سفره أن شفعته لا تسقط لانه معذور في تركه فأشبهه ما لو ترك الطلب

عنها الولي أو لم ينف وسواء كان الحظ في الاخذ بها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له الحظ فيها أو لم يمكن فلم تسقط بترك غيره كالغائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال ابن حامد ان تركها المولى لحظ الصبي أو لانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهو ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ما له فلم يحجز للصبي نقضه كالرد باليب ولانه فعل ما للصبي فيه حفظ فصح كالاخذ مع الحظ، وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بعفو الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذ بها ملك العفو عنها كالمالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه اسقط حقاً للمولى عليه ولا حظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء وخيار الرد باليب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وما لا حظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بضمن المثل وللصبي ما يشتري به المقارنزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بما فيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها ولا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، وهذا لا يصح لانه خيار جمل لازالة الضرر عن المال فملكه الولي كالرد باليب

لعذره أو لعدم العلم ومتى قدر على الاشهاد فأخذه كان كتأخير الطلب للشفعة ان كان لعذر لم تسقط الشفعة وان كان لعذر سقطت لان الاشهاد قائم مقام الطلب ونائب عنه فيعتبر له ما يعتبر للطلب، ومن لم يقدر الا على اشهاد من لا تقبل شهادته كالصبي والمرأة والفاسق فترك الاشهاد لم تسقط شفته بتركه لان قولهم غير معتبر فلم يلزم اشهادهم كالاطفال والمجانين، وان لم يجد من يشهده الا من لا يقدم معه الى موضع المطالبة فلم يشهد فالاولى أن شفته لا تبطل لان اشهاده لا يفيد فأشبه اشهاد من لا تقبل شهادته فان لم يجد الا مستوري الحال فلم يشهدا احتمل أن تبطل شفته لان شهادتهما يمكن اثباتها بالزكية فأشبه المدلين ويحتمل أن لا تبطل لانه يحتاج في اثبات شهادتهما الى كلفة كثيرة وقد لا يقدر على ذلك فلا تقبل شهادتهما وان أشهدا لم تبطل شفته سواء قبلت شهادتهما أو لم تقبل لانه لم يمكنه أكثر من ذلك فأشبه العاجز عن الاشهاد وكذلك ان لم يقدر الا على اشهاد واحد فأشده أو ترك اشهاد (فصل) اذا أشهد على المطالبة ثم آخر القدوم مع امكانه فظاهر كلام الحرقي أن الشفعة بحالها وقال القاضي تبطل شفته وان لم يقدر على المسير وقدر على التوكيل في طلبها فلم يفعل بطلت أيضاً لانه تارك للطلب بها مع قدرته عليه فسقطت كالحاضر أو كما لو لم يشهد وهذا مذهب الشافعي إلا أن لهم فيما إذا قدر على التوكيل فلم يفعل وجبين (أحدهما) لا تسقط شفته لان له غرضاً بأن يطالب لنفسه لكونه أقوم بذلك أو يخاف الضرر من جهة وكيله بأن يقر عليه برشوة أو غير ذلك فيلزمه اقراره فكان معذوراً

وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ للصبي فالصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي غرم لذلك لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبه ما لو ترك شراء العقار له مع الحظ في شرائه وان كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لا حظ للصبي فيه، فان أخذ لم يصح في احدي الروايتين ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراؤه فلم يصح كما لو اشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى معيماً يعلم عيبه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبه ما لو تزوج لغيره بغير إذنه فانه يقع باطلاً ولا يصح لواحد منهما كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والثانية) يصح الاخذ للصبي لانه اشترى له ما يدفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى معيماً لا يعلم عيبه والحظ يختلف ويختفي فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ملكه والشقص الذي يشتره بزوال الشركة أو لان الضرر الذي يدفع باخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) وإذا باع وصي الا يتم فباع لاحد ثم نصيباً في شركة الآخر فله الاخذ للآخر بالشفعة لانه

ولنا أن عليه في السفر ضرراً لا لزامه كلفته وقد يكون له خوائج وتجارة ينقطع عنها وتضيع بعينه والتوكيل أن كان يجعل لزمه غرم وإن كان بغير جعل لزمته منه ويخاف الضرر من جهته فاكتمى بالاشهاد. فأما أن ترك السفر لمجزئه عنه أو لضرر يلحقه فيه لم تبطل شفعته وجهاً واحداً لأنه معذور فأشبه من لم يعلم وإن لم يقدر على الاشهاد وأمكنه السفر أو التوكيل فلم يفعل بطلت شفعته لأنه تارك للطلب بها مع إمكانه من غير وجود ما يقوم مقام الطلب فسقطت كما لو كان حاضراً

(فصل) ومن كان مريضاً مرضاً لا يمنع المطالبة كالصداع اليسير والام القليل فهو كالصحيح وإن كان مرضاً يمنع المطالبة كالحمى وأشباهاها فهو كالفائب في الاشهاد والتوكيل وأما المحبوس فإن كان محبوساً ظلماً أو بدبى لا يمكنه أداءه فهو كالرئيس فإن كان محبوساً بحق يلزمه أداءه وهو قادر عليه فهو كالطلق إن لم يبادر إلى المطالبة ولم يوكل فيها بطلت شفعته لأنه تركها مع القدرة عليها

(مسألة) قال (فإن لم يعلم حتى تباع ذلك ثلاثة أو أكثر كان له أن يطالب بالشفعة من شاء منهم فإن طالب الأول رجع الثاني بالتمن الذي أخذ منه والثالث على الثاني)

وجملة ذلك أن المشتري إذا تصرف في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه تصرفه صحيح لأنه ملكه وصح قبضه له ولم يبق إلا أن الشفع ملك أن يتماكك عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو

كالشراء له، وإن كان الوصي شريكاً لمن باع عليه فليس له الأخذ بالشفعة في البيع ولأنه بمنزلة من يشتري لنفسه من مال يتيم، ولو باع الوصي نصيبه كان له الأخذ لليتيم بالشفعة مع الحظ لليتيم لأن الشفعة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه ليكون المشتري لا يوافق ولأن الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به، فإن رفع الأمر إلى الحاكم فباع عليه فالوصي الأخذ حينئذ لعدم التهمة، فإن كان مكان الوصي أب فباع شقص ولده فله الأخذ بالشفعة لأن له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة، وإن بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الأخذ له بالشفعة لأنه لا يمكن تملكه بغير الوصية فإذا ولد الحمل ثم كبر فله الأخذ بالشفعة كالصبي إذا كبر

(فصل) وإذا عفا ولي الصبي عن شفعته التي له فيها حظ ثم أراد الأخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لأنها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الأخذ بها إذا كبر ولو سقطت لم يملك الأخذ بها، ويحتمل أن لا يملك الأخذ بها لأن ذلك يؤدي إلى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها إذا كبر لأن الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخيرها حينئذ وكذلك أخذ الفائب بها إذا قدم، فأما أن تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الأخذ بها الأمر بحاله لم يملك ذلك كالمعسر الذي ابتداءً، وإن صار فيها حظ أو كان معسراً عند البيع فأيسر بعد ذلك أنبنى ذلك على سقوطها بذلك فإن قلنا لا تسقط وللصبي الأخذ بها إذا كبر فخبرها حكم ما فيه الحظ وإن قلنا تسقط فليس له الأخذ بها بحال لأنها قد سقطت مطلقاً فهو كالوعفا الكبير عن شفعته

كان أحد العوضين في البيع معيماً لم يمنع التصرف في الآخر والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وإن كان الواهب ممن له الرجوع فيه، ففي تصرف فيه تصرفاً صحيحاً تجب به الشفعة مثل أن باعه فالشفيع بالخيار أن شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الأول بشئنه لأن الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وإن شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لأنه شفيع في العقدين فكان له الأخذ بما شاء منهما، وإن تباع ذلك ثلاثة فله أن يأخذ المبيع بالبيع الأول وينسخ العقدان الآخرين وله أن يأخذه بالثاني وينسخ الثالث وحده وله أن يأخذه بالثالث ولا ينسخ شيء من العقود، فإذا أخذه من الثالث دفع إليه الثمن الذي اشترى به ولم يرجع على أحد لأنه وصل إليه الثمن الذي اشترى به وإن أخذ من الثاني الثمن دفع إليه الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لأنه قد انفسخ عقده وأخذ الشقص منه فيرجع بشئنه على الثاني لأنه أخذه منه، وإن أخذ بالبيع الأول دفع إلى المشتري الأول الثمن الذي اشترى به وانفسخ عقد العقد الآخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه ورجع الثاني على الأول بما أعطاه، فإذا كان الأول اشتراه بشئنه ثم اشتراه الثاني بمشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فأخذه بالبيع الأول دفع إلى الأول عشرة وأخذ الثاني من الأول عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لأن الشقص إنما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انفسخ عقده فيرجع بشئنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً وبه يقول مالك والشافعي والمزني وأصحاب الرأي، وما كان في معنى

(فصل) والحكم في الجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لأنه محجور عليه لحظه وكذلك السفه فاما المغنى عليه فحكمه حكم الغائب لأنه لا ولاية عليه وكذلك المحجور ، فعلى هذا نقتظر إفاقته وأما المفلس فله الأخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الأخذ بها لأنها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم إجباره على العفو لأنه إسقاط حق فلا يجبر، وسواء كان له حظ في الأخذ بها أو لم يكن لأنه يأخذ في ذمته وليس بمحجور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبهه ماله واشترى في ذمته شقصاً غير هذا، ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه رضاهم أو بغيره لأنه ماله، فاشبهه ماله واكتسبه. وأما المالك فله الأخذ والترك وليس لسيده الاعتراض عليه لأن التصرف يقع له دون سيده، وكذلك المأذون له في التجارة من العبيد له الأخذ بالشفعة لأنه مأذون له في الشراء وإن عفا عنها لم ينفذ عقوه لأن الملك للسيد ولم يأذن في إبطال حقوقه، فإن أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبدان الأخذ لأن السيد المحجور عليه ولأن الحق قد أسقطه مستحقه فسقط باسقاطه

(فصل) (الشرط الرابع) أن يأخذ جميع المبيع فإن طلب أخذ البعض سقطت شفيعته وبه قال محمد بن الحسن وبعض أصحاب الشافعي وقال أبو يوسف لا تسقط لأن طلبه لبعضها طلب لجميعها لكونه لا يتبعض ولا يجوز أخذ بعضها

البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع فيما ذكرنا ، وإن كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالحبة والوقف على ما سذكروه إن شاء الله تعالى

(فصل) وإن تصرف المشتري في الشقص بما لا تجب به الشفعة كالوقف والهبة والرهن وجعله مسجداً فقال أبو بكر لا شفع فسخ ذلك التصرف وبأخذه بالثمن الذي وقع البيع به وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لأن الشفع ملك فسخ البيع الثاني والثالث مع إمكان الأخذ بها فإن يملك فسخ عقد لا يمكنه الأخذ به أولى، ولأن حق الشفع أسبق وجنبته أقوى فلم يملك المشتري أن يتصرف تصرفاً يبطل حقه، ولا يتمتع أن يبطل الوقف لأجل حق الغير كما لو وقف المريض أملاً له وعليه دين فإنه إذا مات رد الوقف إلى الورثة فيما زاد على ثلثه بل لهم لإبطال العتق فالوقف أولى ، وقال القاضي المنصوص عن أحمد في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد إسقاط الشفعة فيما إذا تصرف بالوقف والهبة ، وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج هذا عن كونه مملوكاً ، وقال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها ولا شفعة فيها ولأن في الشفعة هنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لأن ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فإنه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري الثاني بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر، ولأن ثبوت الشفعة هنا يوجب رد العوض إلى غير المالك وسلبه عن المالك فإذا

ولنا أنه تارك لطلب بعضها فنسقط ويسقط باقيها لأنها لا تتبع، ولا يصح ما ذكره فإن طلب بعضها ليس بطلب جميعها وما لا يتبع لا يثبت حتى يثبت السبب في جميعه كالتكاح بخلاف السقوط فإن الجميع ينسقط بوجود السبب في بعضه كالطلاق

(فصل) فإن أخذ الشقص بشئ من مفسوب ففيه وجهان (أحدهما) لا تسقط شفعته لأنه بالعقد استحق الشقص بمثل ثمنه في الذمة فإذا عينه فيما لا يملك سقط الثمين وبقي الاستحقاق في الذمة أشبه ما لو أقر الثمن أو ما لو اشترى شيئاً آخر ونقد فيه ثمناً مفسوباً (والثاني) يسقط لأن أخذه للشقص بما لا يصح أخذه به ترك له واعراض عنه فنسقط الشفعة كما لو ترك الطلب بها

(مسئلة) (وإن كانا شفعين فالشفعة بينهما على قدر ملكهما وعنه على عدد الرؤوس)

ظاهر المذهب أن الشقص المشفوع إذا أخذه الشفعاء قسم بينهم على قدر أملاكهم اختاره أبو بكر وروي ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء وبه قال مالك وسوار والغنيري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد الرؤوس اختارها ابن عقيل وروي ذلك عن النخعي والشعبي وهو قول ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لأن كل واحد منهم لو انفرد لا يستحق الجميع فإذا اجتمعوا تساوا كالبنين في الميراث وكالعتيقين في سرابة السق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الأملاك كالثقة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو

(المفني والشرح الكبير) جعل الشقص المشفوع صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح دم عمد ٤٩١

قلنا يسقط الشفعة فلا كلام وإن قلنا بنبوتها فإن الشفيع يأخذ الشقص ممن هو في يده ويفسده عقده ويدفع الثمن إلى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لأنه يأخذ ملكه ولنا أن الشفيع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الأول ولو لم يكن وهب كان الثمن له كذلك بعد الهبة المفسوخة.

(فصل) فإن جعله صداقا أو عوضاً في خلع أو صلح عن دم عمد انبنى ذلك على الوجهين في الأخذ بالشفعة، فإن قابل البائع المشتري أو رده عليه بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والاخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليها ولا يمكنه الأخذ معها، وإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفيع بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق.

(فصل) وإن اشترى شقصاً بعد ثم وجد بائع الشقص بالبعد عيباً فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفيع لأن في تقديم حق الشفيع اضراً بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحقه والشفعة لا تثبت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل بها الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر

الجد وبالفرسان والرجالة في النخبة وبأصحاب الديون والوصايا إذا نقص ماله عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وأما الاعتاق فلنا فيه منع وإن سلم فلأنه أنلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلقى في مائع، وأما البنون فانهم تساووا في السبب وهو البنوة فتساووا في الارث بها نظيره في مسئلتنا ساوي الشفعاء في سهامهم، فإذا كانت دار بين ثلاثة لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس فباع أحدهم فعلى هذا ينظر مخرج سهام الشركاء كلهم فيأخذ منهم سهام الشفعاء فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير المقار بين الشفعاء على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد في هذه المسألة يخرج سهام الشركاء ستة فإذا باع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة لصاحب الثلث سهمان وللآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير المقار بينهم أنثلاثاً لصاحب اثلاث ثلثه وللآخر ثلثه وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أربعة لصاحب النصف ثلاثة أرباعها وللآخر ربعها وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماساً لصاحب النصف ثلاثة أخماسه وللآخر خمسه هذا على ظاهر المذهب، وعلى الرواية الثانية ينقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين فإذا باع صاحب النصف قسم النصف بين الآخرين لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع وللآخر ربع وسدس وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف اثنتان وللآخر الثلث وإن باع صاحب السدس فلصاحب النصف ثلث وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين يقدم حق الشفيع لان حقه أسبق فوجب تقديمه كما لو وجد المشتري بالشفص عيباً فرده

ولنا أن في الشفعة إبطال حق البائع وحقه أسبق لانه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقاً وفي الشفعة إبطاله فلم تثبت ، ويفارق ما إذا كان الشفص معيباً فان حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد حصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد ، وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشفص ولا يحصل ذلك مع الاخذ بالشفعة فافترقا ، فان لم يرد البائع العبد الميب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع الميب لان الشفيع ملكه بالاخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لاجنبي فان الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن برجم بقيمة الشفص لانه بمنزلة التالف ، والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجان لان الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل ان البائع اذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معيباً لانه انما أعطى عبداً معيباً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجان لان الشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشفص فاذا قلنا يتراجان فإيهما كان ما دفعه أكثر رجع بالفضل على صاحبه ، وان لم يرد البائع العبد ولكن أخذ ارشه لم يرجع للمشتري على الشفيع بشي.

(مسئلة) (فان ترك أحدهما شفعت لم يكن للآخر الا أن يأخذ الكل أو يترك)

وجهة ذلك أنه إذا كان الشفص بين شفعاء فترك بعضهم فليس للباقيين إلا أخذ الجميع أو ترك الجميع قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على هذا وهو قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان في أخذ البعض اضراً بالمشتري بتبويض الصفقة عليه ولا يزال الضرر بالضرر، ولان الشفعة انما تثبت على خلاف الاصل دفناً لضرر الشريك الداخل خوفاً من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشفص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لحاقلة الاصل فلا تثبت، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن القصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له الا أن يأخذ الكل أو يترك لانا لانعلم اليوم مطالباً سواء ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجوز ذلك كما لو لم يكن معه غيره، ولا يجوز تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير ضرراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عفا فيبقى للاول لان المطالبة إنما وجدت منها فان قاسمه ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين، فان عفا الشفص في يد الاول تمام منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منهما لانا انفصل في ملكه أشبه ما لو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة

(المغني والشرح الكبير) تلف المبيع قبل قبضه يبطل الشفعة وكذا ان خرج الثمن مستحقاً ٤٩٣

لانه لما دفع اليه قيمة العبد غير معيب، وان أدى قيمته معيماً رجع المشتري عليه بما أدى من ارشه وان عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لان البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فأشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد، وان عاد الشقص الى المشتري يبيع أو هبة أو ارث أو غيره فليس للبائع أخذه بالبيع الاول لان ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانقل حقه الى القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف ما لو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرد له لانب ملك المنصوب لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبه ما لو اشتراه منه أجنبي

(فصل) وان اشترى شقصاً بعد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها لما ثبت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فأما الباطل فوجوده كعدمه، فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائم ولا يثبت ذلك الا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين، فان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد على

وكذلك اذا أخذ الثاني فما في يده تمام منفصلاً لم يشاركه الثالث فيه، فان خرج الشقص مستحقاً فالعبد على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فان الاخذ وإن كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليها والنائب عنها في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم هذا ظاهر مذهب الشافعي، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحباه أو قال أخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لانه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبه المنفرد (والثاني) لا تبطل لانه تركه لعدو وهو خوف قدوم النائب فينزعه منه والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل ما لو أظهر المشتري ثمناً كثيراً فترك لذلك فبان خلافه، وان ترك الاول شفيعته توفرت الشفعة على صاحبيه واذا قدم الاول منها فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول، فان أخذ الاول بها ثم ردها أخذ بهيب فكذلك وهذا قال الشافعي وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليها وليس لها أخذ نصيب الاول لانه لم ينف وأما رد نصيبه بالعيب فأشبه ما لو رجع الى المشتري يبيع أو هبة

ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع الى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا ويفارق عوده بسبب آخر لانه عاد غير الملك الاول الذي تعلق به الشفعة

(فصل) واذا حضر الثاني بعد أخذ الاول فأخذ نصف الشقص منه واقبضاً ثم قدم الثالث وطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لان هذا الثالث اذا أخذ بالشفعة فهو كأنه شارك حال القسمة لثبوت

صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص، وان أقر الشفيع والمشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ووجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والبائع ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى عنه الذي هو ملكه في الظاهر، وان أقر الشفيع وحده لم تثبت الشفعة ولا يشت شيء من احكام البطلان في حق المتبايعين، فاما ان اشترى الشقص بشئ في الذمة ثم نقد الثمن فإن مستحقا كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعساره أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان الاخذ بها يحصل للمشتري ما يوفيه ثمنًا فتزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والشقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه اياه صح البيع لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

حقه، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له ابطال البيع، فان قيل وكيف تصح القسمة وشريكها الثالث غائب؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه به أو يكون الشريكان رفعا ذلك الى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمهما وبقي الغائب على شفيعه، فان قيل وكيف تصح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف لانه لا يصح بيعه وحبته وغيرها وملك الشفيع ابطاله كذا هنا. اذا ثبت هذا فان الثالث اذا قدم فوجد أحد شريكيه غائباً أخذ من الحاضر ثلث ما في يده لانه قدر ما يستحقه ثم ان حكم له القاضي على الغائب أخذ ثلث ما في يده أيضا وان لم يقض انتظر الغائب حتى يقدم لانه موضع عذر

(فصل) اذا أخذ الاول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل اقتصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لانه اقتصر على بعض حقه وليس فيه بعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل، فاذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث ما في يده فيضيفه الى ما في يد الاول ويقسمانه نصفين فتصح قسمة الشقص من ثمانية عشر سهما لان الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فيضمه الى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين في تسعة يكن ثمانية عشر للثاني أربعة ولكل واحد من شريكيه سبعة، وانما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو السبع فيوفر ذلك على شريكه في الشفعة، فللأول والثالث أن يقولوا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئاً من حقه فتجتمع ما معنا فنقسمه فيكون على ما ذكرناه، وان قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها، فاذا قدم الثالث أخذ منه

﴿ مسألة ﴾ قال (وللصغير اذا كبر المطالبة بالشفعة)

وجله ذلك انه اذا بيع في شركة الصغير شقص ثبت له الشفعة في قول عامة الفقهاء منهم الحسن وعطاء ومالك والاوزاعي والشافعي وسوار والعنبري وأصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى لا شفعة له وروي ذلك عن النخعي والحارث المكي لان الصبي لا يمكنه الاخذ ولا يمكن انتظاره حتى يبلغ مافيه من الاضرار بالمشتري وليس للولي الاخذ لان من لا يملك العفو لا يملك الاخذ. ولنا عموم الاحاديث ولانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فيثبت في حق الصبي كخيار الرد بالعيب، قولهم لا يمكن الاخذ غير صحيح فان الولي يأخذها كما يرد الميب، قولهم لا يمكنه العفو يبطل بالوكيل فيها وبالرد بالعيب فان ولي الصبي لا يمكنه العفو ويمكنه الرد ولان في الاخذ تحصيلاً للملك للصبي ونظراً له وفي العفو تضييع وتفريط في حقه ولا يلزم من ملك مافيه الحظ ملك مافيه تضييع، ولان العفو اسقاط لحقه والاخذ استيفاء له ولا يلزم من ملك الولي استيفاء حق المولي عليه ملك اسقاطاً بدليل سائر حقوقه وديونه، وان لم يأخذ الولي انتظر بلوغ الصبي كما ينتظر قدوم الغائب وما ذكره من الضرر في الانتظار يبطل بالغائب. إذا ثبت هذا فان ظاهر قول الحارثي أن للصغير اذا كبر الاخذها سواء عفا عنها الولي أو لم يعف وسواء كان الحظ في الاخذها أو في تركها وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور له الشفعة اذا بلغ فاختار ولم يفرق وهذا قول الاوزاعي وزفر ومحمد بن الحسن وحكاه بعض أصحاب الشافعي عنه لان المستحق للشفعة يملك الاخذ بها سواء كان له

نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلثه الارباع وهي تسعة يصير الجميع عشرة فيقسمها لكل واحد منها خمسة ولثاني سهمان وتصح من اثني عشر

﴿ مسألة ﴾ (وان كان المشتري شريكاً بالشفعة بينه وبين الآخر) وللاخر الاخذ بقدر نصيبه وبه قال ابو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيتي لا شفعة للاخر لانها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا شركته متقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكى ابن الصباغ عنهم أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لانها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه ولنا أنها تساوي في الشركة فتساوي في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لانه قد ملك الشقص المشفوع من غير نظر الى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضاً لاننا نقول أنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإعما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ما سلك ثم لا يتمتع أن يستحق الانسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به ألا ترى ان العبد المرهون اذا جنى على عبد آخر لسيدته ثبت للسيد على عبده أرض الجناية لاجل تعلق حق المرتهن ولو لم يكن رهنا ما تعلق به، اذا ثبت هذا فان لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو

﴿ مسألة ﴾ (وان ترك المشتري شفعة ليوجب الكل على شريكه لم يكن له ذلك)

اذا قال المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح اسقاط المشتري

الحظ فيها أو لم يكن فلم يسقط بترك غيره كالفائب اذا ترك وكيله الاخذ بها، وقال أبو عبد الله بن حامد ان تركها الولي لحظ الصبي أولانه ليس للصبي ما يأخذها به سقطت وهذا ظاهر مذهب الشافعي لان الولي فعل ماله فعله فلم يحجز للصبي نقضه كالرد بالعيب ولانه فعل مافيه الحظ للصبي فصح كالاخذ مع الحظ وان تركها لغير ذلك لم تسقط، وقال أبو حنيفة تسقط بمفوا الولي عنها في الحالين لان من ملك الاخذها ملك العفو عنها كامالك، وخالفه صاحباه في هذا لانه أسقط حقاً للمولي عليه لاحظ له في اسقاطه فلم يصح كالابراء واسقاط خيار الرد بالعيب، ولا يصح قياس الولي على المالك لان للمالك التبرع والابراء وملاحظ له فيه بخلاف الولي

(فصل) فاما الولي فان كان للصبي حظ في الاخذ بها مثل أن يكون الشراء رخيصاً أو بمن امثل وللصبي مال لشراء العقار لزم وليه الاخذ بالشفعة لان عليه الاحتياط له والاخذ بمافيه الحظ فاذا أخذ بها ثبت الملك للصبي ولم يملك نقضه بعد البلوغ في قول أكثر أهل العلم منهم مالك والشافعي وأصحاب الرأي، وقال الاوزاعي ليس للولي الاخذ بها لانه لا يملك العفو عنها فلا يملك الاخذ بها كالأجنبي وإنما يأخذ بها الصبي اذا كبر، ولا يصح هذا لانه خيار جعل لازالة الضرر عن المال فذلك الولي في حق الصبي كالرد بالعيب، وقد ذكرنا فساد قياسه فيما مضى، فان تركها الولي مع الحظ فللصبي الاخذ بها اذا كبر ولا يلزم الولي لذلك غرم لانه لم يفوت شيئاً من ماله وإنما ترك تحصيل ماله الحظ فيه فأشبهه ماله لو ترك

لان ملكه استقر على قدر حقه فحزى مجرى الشفيعين اذا أخذوا بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه ولذلك لو حضر أحد الشفيعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فان قال الاول خذ الكل أو دع فاني قد اسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فان قيل هذا تبعض للشفعة على المشتري قلنا هذا تبعض اقتضاء دخوله في العقد فصار كالرضى منه به كما قلنا في الشفيع الحاضر اذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقصاً وسيفاً

(مسألة) (واذا كانت دار بين اثنين فباع أحدهما نصيبه لأجنبي ثم علم الشريك فله أن يأخذ باليعين وله أن يأخذ بأحدهما، فان أخذ بالثاني شاركه المشتري في شفعتيه في أحد الوجهين وإن أخذ بالاول لم يشاركه وإن أخذ بهما جميعاً لم يشاركه في شفعة الاول، وهل يشاركه في شفعة الثاني ؟ على وجهين)

وجملة ذلك ان الشريك اذا باع بعض الشقص لأجنبي ثم باعه باقية في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما، فان أخذ الاول لم يشاركه في شفعتيه أحد، وإن أخذ بالثاني فهل يشاركه المشتري في شفعتيه بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك في وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولاً (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع يملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن

شراء العقار مع الحظ في شرائه وإن كان الحظ في تركها مثل أن يكون المشتري قد غبن أو كان في الاخذ بها يحتاج الى أن يستقرض ويرهن مال الصبي فليس له الاخذ لانه لا يملك فعل ما لاحظ للصبي فيه فان أخذ فهل يصح ؟ على روايتين (احدهما) لا يصح ويكون باقياً على ملك المشتري لانه اشترى له ما لا يملك شراءه فلم يصح كمالواشترى بزيادة كثيرة على ثمن المثل أو اشترى مبيعاً يعلم عيه، ولا يملك الولي المبيع لان الشفعة تؤخذ بحق الشركة ولا شركة للولي ولذلك لو أراد الاخذ لنفسه لم يصح فأشبهه مالهو زوج لغيره بغير اذنه فانه يقع باطلا ولا يصح لواحد منها كذا هنا وهذا مذهب الشافعي (والرواية الثانية) يصح الاخذ للصبي لانه يشترى له ما يندفع عنه الضرر به فصح كما لو اشترى مبيعاً لا يعلم عيه والحظ يختلف ويغني فقد يكون له حظ في الاخذ بأكثر من ثمن المثل لزيادة قيمة ما يملكه والشقص الذي يشتره بزوال الشركة أولان الضرر الذي يندفع بأخذه كثير فلا يمكن اعتبار الحظ بنفسه لحفائه ولا بكثرة الثمن لما ذكرناه فسقط اعتباره وصح البيع

(فصل) واذا باع وصي الايتام قباع لاحد من نصيباً في شركة آخر كان له الاخذ للآخر بالشفعة لانه كالشراء له وان كان الوصي شريكاً لمن باع عليه لم يكن له الاخذ لانه متهم في بيعه ولانه بمنزلة من يشترى لنفسه من مال يتيمه ولو باع الوصي نصيبه كان له الاخذ لليتيم بالشفعة اذا كان له الحظ فيها لان التهمة منتفية فانه لا يقدر على الزيادة في ثمنه لسكون المشتري لايوافقه ولان الثمن حاصل له من المشتري كحصوله من اليتيم بخلاف بيعه مال اليتيم فانه يمكنه تقليل الثمن ليأخذ الشقص به فاذا

الاول شاركه في الثاني وان أخذ بها جميعاً لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه بخلاف ما إذا أخذ ، فان قلنا يشاركه في الشفعة ففي قدر ما يستحق وجهان أحدهما ثلثه والثاني نصفه بناء على الروايتين في قسم الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه فعفا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه وان لم ينف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه، وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالهو باعه لثلاثة أنفس على ما ذكره ويستحق ما يستحقون وللشفيع ههنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) وان كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعها لرجل واحد فله شريكها الشفعة فيها، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر ؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك لان المالك اثنان فهما يمان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو توليا العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدها تبعض الصفقة على المشتري فلم يجز كما لو كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلاً في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لانها مشتريان أشبه ما لو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة

رفع الامر الى الحاكم فباع عليه فلولوصي الاخذ حينئذ لعدم التهمة، وان كان مكان الوصي أب فباع شقص الصبي فله أن يأخذه بالشفعة لان له أن يشتري من نفسه مال ولده لعدم التهمة وان بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه أن يأخذ له بالشفعة لانه لا يمكن تملكه بفير الوصية واذا ولد الحمل ثم كبر فله الاخذ بالشفعة كالصبي اذا كبر

(فصل) واذا عفا ولي الصبي عن شفعتي التي له فيها حظ ثم أراد الاخذ بها فله ذلك في قياس المذهب لانها لم تسقط باسقاطه ولذلك ملك الصبي الاخذ بها اذا كبر ولو سقطت لم يملك الاخذ بها ويحتمل أن لا يملك الاخذ بها لان ذلك يؤدي الى ثبوت حق الشفعة على التراخي وذلك على خلاف الخبر والمعنى ويخالف أخذ الصبي بها اذا كبر لان الحق يتجدد له عند كبره فلا يملك تأخير جنيته وكذلك أخذ الغائب بها اذا قدم فاما ان تركها لعدم الحظ فيها ثم أراد الاخذ بها والامر على ما كان لم يملك ذلك كما لم يملكه ابتداء وان صار فيها حظاً أو كان مصرأ عند اليمع فأيسر بعد ذلك انبنى ذلك على سقوطها بذلك فان قلنا لا تسقط وللصبي الاخذ بها اذا كبر فحكمها حكم ما فيه الحظ وان قلنا تسقط فليس له الاخذ بها بحال لانها قد سقطت على الاطلاق فأشبه ما لو عفا الكبير عن شفعتي (فصل) والحكم في المجنون المطبق كالحكم في الصبي سواء لانه محجور عليه لحظه وكذلك السفه لذلک، وأما المأمى عليه فلا ولاية عليه وحكمه حكم الغائب والمجنون ينتظر افاقة ، وأما المغلس

والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض الصفقة على المشتري ولانه قد برضى شركة أحد المشترين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

﴿ مسألة ﴾ (وان اشترى اثنان حق واحد فللشفيع أخذ حق أحدهما)

وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه وقال في الاخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لانه قبل القبض يبعض صفقة البائع ولنا أنهما مشتركان فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض وما ذكروه ممنوع على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعضاً فان باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

(فصل) واذا باع شقصاً لثلاثة دفعة واحدة فلتشريكة أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لان كل عقد منها منفرد فلا يتوقف الاخذ به على الاخذ بما في العقد الاخر كما لو كانت متفرقة واذا أخذ نصيب أحدهم لم يمكن للآخرين مشاركته في الشفعة لان ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة الا ملك سابق ، فأما ان باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله ان يأخذ ما شاء منها فان أخذ نصيب الاول لم يكن للآخرين مشاركته في شفعتي لانها لم يكن لهما ملك حين بيعه وان أخذ

فله الاخذ بالشفعة والعفو عنها وليس لغرمائه الاخذ بها لان الملك لم يثبت لهم في أملاكه قبل قسمتها ولا اجباره على الاخذ بها لانها معاوضة فلا يجبر عليها كسائر المعاوضات وليس لهم اجباره على العفو لانه اسقاط حق فلا يجبر عليه وسواء كان له حظ في الاخذ بها أو لم يكن لانه يأخذ في ذمته وليس بمجبور عليه في ذمته لكن لهم منعه من دفع ماله في ثمنها لتعلق حقوقهم بماله فأشبه ما لو اشترى في ذمته شقصاً غير هذا ومتى ملك الشقص المأخوذ بالشفعة تعلقت حقوق الغرماء به سواء أخذه برضاهم أو بغيره لانه مال له فأشبه ما لو اكتسبه، وأما المكاتب فله الاخذ والتترك وليس لسيدته الاعتراض عليه لان التصرف يقع له دون سيده فأما المأذون له في التجارة من العبيد فله الاخذ بالشفعة لانه مأذون له في الشراء وان عفا عنها لم ينفذ عفو لان الملك لسيدته ولم يأذن له في إبطال حقوقه ، وان أسقطها السيد سقطت ولم يكن للعبد ان يأخذ لان للسيد الحجر عليه ، ولان الحق قد أسقطه مستحقه فيسقط باسقاطه

(فصل) وإذا ييم شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها إذا كان الحظ فيها فان تركها فرب المال الاخذ لان مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لان الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له وان اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة على وجهين مبنيين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما، وإن كان المضارب شقيقه ولا ربح في المال فله الاخذ بها لان الملك لغيره وان كان فيه ربح قلنا لا يملك بالظهور فكذلك وان قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا فان باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فأشبه شراؤه من نفسه

نصيب اثنائي وحده لم يملك الثالث مشاركته لذلك ويشاركه الاول في شفعة لان ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك في استحقاقها حال شرائه ويحتمل ان لا يشاركه لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها، وان اخذ من الثالث وعفا عن الاولين ففي مشاركتها له وجهان، وان اخذ من الثلاثة ففيه وجهان (احدثما) لا يشاركه واحد منهم لان املاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة اثنان وهو قول ابي حنيفة وبعض اصحاب الشافعي لانه كان مالاً كاملاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركته اذا عفا عن شفعة فكذلك اذا لم يعف لانه انما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ولذلك قلنا في الشفع اذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه ان له اخذ نصيب المشتري الاول والمشتري الاول اخذ نصيب المشتري الثاني، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني واثنان جميعاً. فعلى هذا اذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع احدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدساً فلاشفيهم السدس الاول وثلاثة ارباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربح السدس الثاني وخمس الثالث والمشتري

(فصل) ولا شفعة بشركة الوقف ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو يعلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لانه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب فيه كالجوار وغير المنقسم، ولاننا ان قلنا هو غير مملوك فالموقوف عليه غير مالك وان قلنا هو مملوك فملكه غير تام لانه لا يقيد بإباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكا تاما وقال أبو الخطاب ان قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لانه مملوك ييم في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولان الضرر يندفع عنه بالشفعة كالطلق فوجبت فيه كوجوبها في الطلاق ولانما لم يستحق بالشفعة لان الاخذ بها ييم وهو مما لا يجوز ييمه

﴿مسئلة﴾ قال (واذا بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه الا أن يشاء المشتري أن يأخذ بنائه فله ذلك اذا لم يكن في أخذه ضرر)

وجملته أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها) أن يظهر المشتري أنه وهب له أو أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبنى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائبا فيقاسمه وكيله أو صغيراً فيقاسمه وليه ونحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصغير فيأخذ بالشفعة وكذلك ان كان غائبا أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقامم ثم قدم الغائب وبلغ الصغير فأخذه بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان

الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة وسبعة أسهم والثاني تسعة ولالثالث أربعة، وان قلنا إن الشفعة على عدد الرؤوس فللمشتري الاول نصف السدس الثاني وثلث الثالث وللثاني ثلث الثالث وهو نصف التسع فتصح من ستة وثلاثين فللشفيع تسعة وعشرون وللثاني خمسة ولالثالث سهمان

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقود متفرقة ولم يعلم شركتهم ولا بعضهم ببعض فللذي لم ييم الشفعة في الجميع، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول؟ على وجهين، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانها مال كان حال البيم (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متزلزل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذ وإلا فلا فاذا قلنا يشترك الجميع فللذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضمونا الى ملكه فكل له النصف وللبائع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل واحد منها سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني السدس لكل واحد منها نصفه لانه شريك في شفعة يبيع واحد وتصح من اثني عشر

(مسئلة) (وان اشترى واحد حق اثنين أو اشترى شقصين من دارين صفقة واحدة فللشفيع

للمشتري قلع غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو مذهب الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك مما لا يقابله ثمن، وظاهر كلام الحنفي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه كما لو كسر محبرة غيره لاجراج دينار منها، وقولهم ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما هو في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره فان لم يختار المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء ترك الشفعة وبين دفع قيمة الغراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع وبهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيهقي وسرور واسحاق، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري واصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيها استحق غيره أخذه فأشبهه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه ما لو بانت مستحقة .

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » ولا يزول الضرر عنها الا بذلك ولانه بنى في ملكه الذي يملك يعه فلم يكلف قلعه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعا، وفارق ما قاسوا عليه فانه بنى في ملك غيره ولانه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق بخلاف مسئلتنا فانه غير ظالم فيكون له حق اذا ثبت هذا فانه لا يمكن ايجاب قيمته مستحقا للبقاء في الارض لانه لا يستحق ذلك، ولا قيمته

أخذ احدهما على أصح الوجهين)

اذا اشترى رجل من رجلين شقصاً صفقة واحدة فالشفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر وبه قال الشافعي وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك لثلاث تنبض صفقة المشتري ولنا أن عقد الاثني مع واحد عقدان لانه مشتر من كل واحد منهما ملكه بثمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به هذا ينفصل عما ذكره، وأما اذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد وكان الشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر قلها أن ياخذها ويقسم الثمن على قدر القيمتين، وان أخذ أحدهما دون الآخر جاز وبأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن، ويتخرج أن لا شفعة له لان فيه تبعض الصفقة على المشتري وذلك ضرر به وليس له أخذها معاً لان أحدهما لا شركة له فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف على ما نذكره، وان كان الشريك فيهما واحداً فله أخذها وتركها لانه شريك فيهما وله أخذ أحدهما دون الآخر وهو منصوص النافعي، وفيه وجه آخر أنه لا يملك ذلك، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لانه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ذكره أبو الخطاب وبعض الشافعية ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ولانه لو جرى مجرى

مقلوعا لانه لو وجبت قيمته مقلوعا الملك قلعه ولم يضمن شيئا ولانه قد يكون مما لا قيمة له اذا قلعه ولم يذكر اصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الارض تقوم وفيها الغراس والبناء ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينهما قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو مانقص منه ان اختار القلم لان ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم الغرس والبناء مستحقا لترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنع من قلعه فان كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلع قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختر الشفيع قلعه قبل وقته فله ذلك لانه يضمن النقص فيجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي باحتماله، وإن غرس أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(فصل) وإن زرع في الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لانه زرعه في ملكه ، ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائتم فكان له مبقى الى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثم ظهر أثر في ملك المشتري فهو له مبقى الى الجذاذ كالزرع

(فصل) واذا نى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) أن يكون نيا متصلا كالشجر

الشقص الواحد لوجب - اذا كانا شريكين فترك أحدهما شفعة - أن يكون للآخر أخذ الكل والامر بخلافه (مسئلة) (وان باع شقصاً وسيافاً فللشفيع أخذ الشقص بحصته من الثمن ويحتمل أن لا يجوز) اذا باع شقصاً مشفوعاً ومعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ما معه فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فإيخص الشقص يأخذه الشفيع وبه قال أبو حنيفة والشافعي ، ويحتمل أن لا يجب لثلاث تتبع شفعة المشتري وفي ذلك اضرار به أشبه ما لو أراد أخذ بعض الشقص وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفردته والضرر اللاحق بالمشتري هو ألحقه بنفسه لجمعه في العقد بين ما ثبتت فيه الشفعة وما لا ثبتت ولان في الاخذ بالكل اضراراً بالمشتري أيضاً لانه ربما كان غرضه في ابقاء السيف له ففي أخذه منه اضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسئلة) (وان تلف بعض المبيع فله أخذ الباقي بحصته من الثمن وقال ابن حامد ان كان تلفه بفعل الله تعالى فليس له أخذه الا بجميع الثمن)

اذا تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لانه ملكه تلف في يده ، فان أراد

إذا كثر أو ثمره غير ظاهرة فإن الشفع يأخذه بزيادته لأن هذه زيادة غير متميزة فتبت الأصل كما لو رد بعيب أو خيار أو اقالة فإن قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول؟ قلنا لأن الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع بالعين وفي مسئلتنا إذا لم يرجع في الشفع سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الأصل لأجل ما حدث من البائم، وإذا أخذ الأصل تبعه نماؤه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها

(الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالغلة والجرة والطلم المؤجر والثمره الظاهرة فهي المشتري لاحق للشفيع فيها لأنها حدثت في ملكه وتكون للمشتري مبقاة في رؤس النخل إلى الجذاذ لأن أخذ الشفع من المشتري شراءً، وإن فيكون حكمة، حكم ما لو اشترى برضاء، فإن اشتراه وفيه طلم غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفع أخذ الأصل دون الثمرة، ويأخذ الأرض والنخيل بمحضتهما من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً وسيفاً (فصل) وإن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه لأنه ملكه تلف في يده ثم إن أراد الشفع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي، وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه لبناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم، ثم إن كانت الانتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصه وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهذا قول الثوري والعنبري

الشفيع الأخذ إذا تلف بعضه أخذ الموجود بمحضته من الثمن سواء كان التلف بفعل الله تعالى أو بفعل آدمي وسواء تلف باختيار المشتري كنقصه البناء أو بغير اختياره مثل أن تهدم، ثم إن كانت الانتقاض موجودة أخذها مع العرصه بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العوض وما بقي من البناء، هذا ظاهر كلام أحمد في رواية ابن القاسم وهو قول الثوري والعنبري وأبي يوسف وقول للشافعي، وقال ابن حامد إن كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا وإن كان بفعل الله تعالى كتهديم البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي إلا بكل الثمن أو يترك وهو قول أبي حنيفة وقول للشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله إلى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع إليه شيء فيكون الأخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر. ولنا أنه تعذر على الشفع الأخذ الجميع وقد رعى الأخذ البعض فكان له بالحصة كما لو تلف بفعل آدمي سواء وكما لو كان له شفع آخر، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفع يؤدي منه فلا يتضرر المشتري بأخذه، وأنما قلنا يأخذ الانتقاض وإن كانت منفصلة لأن استحقاقه كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال وانقصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة، ويفارق البقرة غير المؤبرة إذا أبرت فإن مآلها إلى الانفصال والظهور فإذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة الميبر مثل أن انشق الحائط واستهدم

وأبي يوسف وقول الشافعي ، وقال أبو عبد الله بن حامد ان كان التلف بفعل آدمي كما ذكرنا ، وإن كان بفعل الله تعالى كانهدام البناء بنفسه أو حريق أو غرق فليس للشفيع أخذ الباقي الا بكل الثمن أو يترك وهذا قول أبي حنيفة وقول الشافعي لأنه متى كان النقص بفعل آدمي رجع بدله الى المشتري فلا يتضرر ومتى كان بغير ذلك لم يرجع اليه شيء فيكون الاخذ منه اضراً به والضرر لا يزال بالضرر ولنا أنه تمذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواء أو كما لو كان له شفيع آخر ، أو نقول أخذ بعض ما دخل معه في العقد فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف ، وأما الضرر فأنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه ، وإنما قلنا يأخذ الاتقاض وإن كانت منفصلة لان استحقاقه للشفعة كان حال عقد البيع وفي تلك الحال كان متصلاً اتصالاً ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة ، ويفارق الثمرة غير المؤبرة اذا تأبرت فان مآلها الى الانفصال والظهور فاذا ظهرت فقد انفصلت فلم تدخل في الشفعة ، وإن نقصت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل أن انشق الحائط واستهدم البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له الا الاخذ بجميع الثمن أو الترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا قلنا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة

البناء وشعث الشجر وبارت الارض فليس له إلا أن يأخذ بجميع الثمن أو يترك لان هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الاعيان ، ولهذا لو بنى المشتري أعطاه الشفيع قيمة بنائه ، ولو زاد المبيع زيادة متصلة دخلت في الشفعة .

(فصل) (الشرط الخامس أن يكون للشفيع ملك سابق) لان الشفعة إنما ثبتت للشريك لدفع الضرر عنه وإذا لم يكن له ملك سابق فلا ضرر عليه فلا تثبت له الشفعة

❖ مسألة ❖ (فان اشترى اثنان داراً صفقة واحدة فلا شفعة لاحدهما على صاحبه) لانه لا مزية لاحدهما على صاحبه لتساويهما .

❖ مسألة ❖ (فان ادعى كل واحد منهما السبق فتحالفا أو تعارضت بينهما فلا شفعة لهما)

إذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يده بالشفعة سئلاً متى ملكتها؟ فان قالاً ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة إنما ثبتت ملك سابق في ملك متجدد بعده وان قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا حدهما بينة بما ادعاه قضي له وان كان لكل واحد منهما بينة قدم اسبقهما تاريخاً فان شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا ، وان لم يكن لواحد منهما بينة سمعنا دعوى السابق وسألنا خصمه فان أنكر فالقول

﴿ مسألة ﴾ قال (وإن كان الشراء وقع بين أو ورق أعطاه الشفيع مثل ذلك ، وإن كان عرضاً أعطاه قيمته)

وجملته أن الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقد لما روي في حديث جابر أن النبي ﷺ قال « هو أحق بالثمن » رواه أبو اسحاق الجوزجاني في كتابه ، ولأن الشفيع إنما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالثمن كالمشتري فإن قيل إن الشفيع استحق أخذه بغير رضى مالكة فينبغي أن يأخذه بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق أخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله إلى قيمته والشفيع استحقه لأجل البيع ولهذا لو انتقل جهة أو ميراث لم يستحق الشفعة ، وإذا استحق ذلك بالبيع وجب أن يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فإننا ننظر في الثمن فإن كان دنائير أو دراهم أعطاه الشفيع مثله ، وإن كان مما لا مثل له كالثياب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي ، وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تنجب ههنا لأنها تنجب بمثل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كما ذهب إليه الثمن

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالثلث وما ذكره لا يصح لأن المثل

قوله مع عينه فإن حلف سقطت دعوى الأول ثم نسمع دعوى الثاني على الأول فإن أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعاً وإن ادعى الأول فنكل الثاني عن البين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لأن خصمه قد استحق ملكه وإن حلف الثاني ونكل الأول قضينا عليه

﴿ مسألة ﴾ (ولا شفعة بشركة الوقف في أحد الوجهين)

ذكره القاضيان ابن أبي موسى وأبو بلى وهو ظاهر مذهب الشافعي لأنه لا يؤخذ بالشفعة فلا تجب به كالجوار وما لا ينقسم ولأننا قلنا هو غير مملوك فالوقوف عليه غير مالك وإن قلنا هو مملوك فملكه غير تام لأنه لا يبيح إباحة التصرف في الرقبة فلا يملك به ملكاً تاماً ، وقال أبو الخطاب إن قلنا هو مملوك وجبت به الشفعة لأنه مملوك بيع في شركته شقص فوجبت به الشفعة كالطلق ولأن الضرر يندفع عنه بالشفعة فوجبت فيه كوجوبها في الطلق وإنما لم يستحق بالشفعة لأن الأخذ بها بيع وهو مما لا يجوز بيعه

(فصل) وإن تصرف المشتري في المبيع قبل الطلب بوقف أو هبة سقطت الشفعة نص عليه في رواية علي بن سعيد وبكر بن محمد وحكي ذلك عن الماسرجسي في الوقف لأن الشفعة إنما تثبت في المملوك وقد خرج بهذا عن كونه مملوكاً قال ابن أبي موسى من اشترى داراً فجعلها مسجداً فقد استهلكها (المغني والشرح الكبير) ٦٤ (الجزء الخامس)

يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبذل المتلف ، فأما ان كان الثمن من المثليات غير الاثمان كالحبوب والادهان فقال أصحابنا يأخذ الشفع بمثله لانه من ذوات الامثال فهو كالاثان وبه يقول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي ولان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في احدهما ولان الواجب بدل الثمن فكان مثله كبذل القرض والمتلف .

(فصل) ويستحق الشفع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباهما بقدر ثم غيره في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفع لان حق الشفع انما يثبت إذا تم العقد وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغير يلحق بالعقد فيه لانها على اختيارها فيه كما لو كانا في حال العقد ، فاما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ولا يثبت ذلك في حق الشفع وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفع دون الزيادة ، وإن كانا عنده يلحقان بالعقد لان الزيادة تضر الشفع فلم يملكها بخلاف النقص وقال مالك ان بقي ما يكون نمنا أخذ به ، وان حط الاكثر أخذ بجميع الثمن الاول

ولنا أن ذلك يعتبر بعد استمرار العقد فلم يثبت في حق الشفع كالزيادة ولان الشفع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة ، وما ذكره من العذر غير صحيح

ولاشفعة فيها ولان في الشفعة ههنا إضراراً بالموهوب له والموقوف عليه لان ملكه يزول عنه بغير عوض ولا يزال الضرر بالضرر بخلاف البيع فانه إذا فسخ البيع الثاني رجع المشتري اثنائي بالثمن الذي أخذ منه فلا يلحقه ضرر ، ولان ثبوت الشفعة ههنا يوجب رد العوض الى غير المالك وسلبه عن المالك وفي ذلك ضرر فيكون منقياً ، وقال أبو بكر للشفع فسخ ذلك وأخذ بالثمن الذي وقع به البيع وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي لان الشفع بملك فسخ البيع الثاني والثالث مع امكان الاخذ بهما فلان يملك فسخ عقد لا يمكنه الاخذ به أولى ، ولان حق الشفع أسبق وجبته أقوى فلم يملك المشتري تصرفاً يبطل حقه ولا يمنع أن يبطل الوقف لاجل حق الغير كما لو وقف المريض املاكه وعليه دين فانه إذا مات رد الوقف الى الغرماء والورثة فيما زاد على ثلثه بل لم يبطال العتق والوقف أولى ، فاذا قلنا بثبوت الشفعة أخذ الشفع الشقص ممن هو في يده ويفسخ عقده ويدفع الثمن الى المشتري وحكي عن مالك أنه يكون للموهوب له لانه يأخذ ملكه .

ولنا أن الشفع يبطل الهبة ويأخذ الشقص بحكم العقد الاول ولو لم يكن وهب كان الثمن لعفكذلك

بعد الهبة المفسوخة

(مسئلة) (وان باع فله الاخذ بأى البيعين شاء فان أخذ بالاول رجع الثاني على الاول)

إذا تصرف المشتري في المبيع قبل أخذ الشفع أو قبل علمه صح تصرفه لانه ملكه وصح قبضه

لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع ، وان أضربه كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

(فصل) وإن كان الثمن مما تجب قيمته فانها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص ، وان كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة بهذا قال الشافعي ، وحكي عن مالك أنه يأخذه بقيمته يوم المحاكاة وليس بصحيح لان وقت الاستحقاق وقت العقد ومازاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يقوم للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص به حق المشتري

(فصل) واذا كان الثمن مؤجلاً أخذ الشفيع بذلك الاجل ان كان مليئاً وإلا أقام ضميناً مليئاً وأخذ به قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالنقد حالا ، وقال ابو حنيفة لا يأخذها إلا بثمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة لانه لا يمكنه الاخذ بالمؤجل لانه يفضي إلى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وإنما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاث يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن إلى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحدة منها فلم يبق إلا التخيير

له ولم يبق الا أن الشفيع ملك أن يملكه عليه وذلك لا يمنع من تصرفه كما لو كان أحد العوضين في البيع معيناً لم يمنع التصرف في الآخر ، والموهوب له يجوز له التصرف في الهبة وان كان الواهب ممن له الرجوع فيه فمضى تصرف فيه تصرفاً تجب به الشفعة كالبيع فللشفيع الخيار ان شاء فسخ البيع الثاني وأخذه بالبيع الاول بثمنه لان الشفعة وجبت له قبل تصرف المشتري وان شاء أمضى تصرفه وأخذ بالشفعة من المشتري الثاني لانه شفيع في العقدين فكان له الاخذ بأيهما شاء ، وان تبايع ذلك ثلاثة فله ان يأخذ بالبيع الاول وينسخ العقدان الاخران وله أن يأخذ بالتالي وينسخ الثالث وحده وله ان يأخذ بالتالي ولا ينسخ شيء من العقود ، فاذا أخذ من الثالث دفع اليه الثمن الذي اشترى به ورجع الثالث عليه بما أعطاه لانه قد انسخ عقده وأخذ الشقص منه فرجع بثمنه على الثاني لانه أخذ منه وان أخذ بالبيع الاول دفع الى المشتري الاول الثمن الذي اشترى به وانسخ عقداً آخرين ورجع الثالث على الثاني بما أعطاه والثاني على الاول بما أعطاه ، فان كان الاول اشتراه بشرة ثم اشتراه الثاني بعشرين ثم اشتراه الثالث بثلاثين فآخذه بالبيع الاول دفع الى الاول عشرة وأخذ الاول من اثني عشرين وأخذ الثالث من الثاني ثلاثين لان الشقص انما يؤخذ من الثالث لكونه في يده وقد انسخ عقده فيرجع بثمنه الذي ورثه ولا نعلم في هذا خلافاً ، وبه يقول مالك والشافعي والعنبري وأصحاب الرأي وما كان في معنى البيع مما تجب به الشفعة فهو كالبيع على ما ذكرنا وان كان مما لا تجب به الشفعة فهو كالهبة والوقف على ما ذكرنا من الخلاف فيه والله أعلم

ولنا أن الشفعين تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولأن في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفعين كزيادة القدر ، وماذ كروه من اختلاف القدم فالتأجيل لا يوجبها حتى توجد الملاءة في الشفعين أو في ضمينه بحيث يحتفظ المال فلا يضر اختلافهما فيها وراء ذلك كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافهما ، ومتى أخذه الشفعين بالاجل فبات الشفعين أو المشتري وقلنا يحل الميراث بالموت حل الدين على الميت منهما دون صاحبه لأن سبب - لمولاه الموت فاختص بمن وجد في حقه

(فصل) وإذا باع شقصا مشفوعا بمعه مالا شفعة فيه كالسيف والثوب في عقد واحد ثبتت الشفعة في الشقص بحصته من الثمن دون ماله فيقوم كل واحد منهما ويقسم الثمن على قدر قيمتهما فما يخص الشقص يأخذه الشفعين وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي ويحتمل أن لا تجب الشفعة لثلاث تتبع بعض صفقة المشتري وفي ذلك إضرار به فأشبهه ماله أراد الشفعين أخذ بعض الشقص ، وقال مالك ثبتت الشفعة فيهما لذلك

ولنا أن السيف لا شفعة فيه ولا هو تابع لما فيه الشفعة فلم يؤخذ بالشفعة كما لو أفردته وما يلحق المشتري من الضرر فهو الحق بنفسه بجمعه في العقدين ما ثبت فيه الشفعة وما لا ثبت ولأن في أخذ الكل ضرراً بالمشتري أيضا لأنه ربما كان غرضه في إبقاء السيف له ففي أخذه منه إضرار به من غير سبب يقتضيه

(مسألة) (وإن فسخ العقد بسبب أو إقالة أو تحالف فللشفيع أخذه ويأخذه في التحالف بما حلف عليه البائع)

إذا رد المشتري الشقص بسبب أو قايل البائع فللشفيع فسخ الإقالة والرد والأخذ بالشفعة لأن حقه سابق عليهما ولا يمكنه الأخذ معها فإن تحالفا على الثمن وفسخا البيع فللشفيع أن يأخذ الشقص بما حلف عليه البائع لأن البائع مقر بالبيع بالثمن الذي حلف عليه ومقر للشفيع باستحقاق الشفعة بذلك فإذا بطل حق المشتري بانكاره لم يبطل حق الشفعين بذلك وله أن يبطل فسخها ويأخذ لأن حقه أسبق

(فصل) وإن اشترى شقصا بعبد ثم وجد بائع الشقص بالعبد عيبا فله رد العبد واسترجاع الشقص ويقدم على حق الشفعين لأن في تقديم حق الشفعين إضرارا بالبائع باسقاط حقه من الفسخ الذي استحققه والتفعه ثبتت لازالة الضرر فلا تثبت على وجه يحصل به الضرر فإن الضرر لا يزال بالضرر وقال أصحاب الشافعي يقدم حق الشفعين في أحد الوجهين لأن حقه أسبق فوجب تعديعه كما لو وجد المشتري بالشفعة عيبا فرده

ولنا أن في الشفعة ابطال حق البائع وحقه أسبق لأنه استند الى وجود العيب وهو موجود حال البيع والشفعة ثبتت بالبيع فكان حق البائع سابقا وفي الشفعة ابطاله فلم تثبت ، وإراق ما إذا كان

(فصل) وإذا باع شقصين من أرضين صفقة واحدة لرجل واحد والشريك في أحدهما غير الشريك في الآخر فلها أن يأخذها ويقسمها الثمن على قدر القيمتين . وإن أخذ أحدهما دون الآخر جاز وأخذ الشقص الذي في شركته بحصته من الثمن ، ويتخرج أنه لا شفعة له كالمسئلة التي قبلها وليس له أخذها معاً لأن أحدهما لا شركة له فيه ، ولا هو تابع لما فيه الشفعة فجري مجرى الشقص والسيف ، وإن كان الشريك فيها واحداً فله أخذها وتركها لأنه شريك فيهما ، وإن أحب أخذ أحدهما دون الآخر فله ذلك ، وهذا منصوص الشافعي ، ويحتمل أنه لا يملك ذلك ، ومتى اختاره سقطت الشفعة فيهما لأنه أمكنه أخذ المبيع كله فلم يملك أخذ بعضه كما لو كان شقصاً واحداً ، ذكره أبو الخطاب وبعض أصحاب الشافعي

ولنا أنه يستحق كل واحد منهما بسبب غير الآخر فجري مجرى الشريكين ، ولأنه لو جرى مجرى الشقص الواحد لوجب - إذا كانا شريكين فترك أحدهما شفעתه - أن يكون للآخر أخذ السكل والامر بخلافه

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لأن في أخذه بدون دفع الثمن إضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فإن أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لأن في تأخير الثمن ضرراً فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، فإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لأنها معاوضة

الشقص معياً فإن حق المشتري إنما هو في استرجاع الثمن وقد تحصل له من الشفيع فلا فائدة في الرد وفي مسئلتنا حق البائع في استرجاع الشقص ولا يحصل ذلك مع الأخذ بالشفعة فافتراقاً ، فإن لم يرد البائع العبد المعيب حتى أخذ الشفيع كان له رد العبد ولم يملك استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلم يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي فإن الشفعة يبيع في الحقيقة ولكن يرجع بقيمة الشقص لأنه بمنزلة التالف والمشتري قد أخذ من الشفيع قيمة العبد فهل يتراجمان؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يتراجمان لأن الشفيع أخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد وهو قيمة العبد صحيحاً لا عيب فيه بدليل أن البائع إذا علم بالعيب ملك رده ويحتمل أن يأخذه بقيمته معياً لأنه إنما أعطى عبداً معياً فلا يأخذ قيمة غير ما أعطى (والثاني) يتراجمان لأن الشفيع إنما يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد والذي استقر عليه العقد قيمة الشقص فإذا قلنا يتراجمان فأيهما كان ما دفعه أكثر رجح بالفضل على صاحبه ، وإن لم يرد البائع العبد ولكن أخذ أرشه لم يرجع المشتري على الشفيع بشيء ، لأنه إنما دفع إليه قيمة العبد غير معيب وإن أدى قيمته معياً رجح المشتري عليه بما أدى من أرشه وإن عفا عنه ولم يأخذ أرشاً لم يرجع الشفيع عليه بشيء لأن البيع لازم من جهة المشتري لا يملك فسخه فاشبه ما لو حط عنه بعض الثمن بعد لزوم العقد ، وإن ماد الشقص إلى المشتري يبيع أو هبة أو ارت أو غيره فليس للشفيع أخذه بالمبيع الأول لأن ملك المشتري زال عنه وانقطع حقه منه وانتقل حقه إلى

لم يجبر عليها ، وإذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وان تعذر في الحال قال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم ، فإذا كان أكثر فلا ، وهذا قول مالك

وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي : ينظر ثلاثاً لأنها آخر حد القلة فان أحضر الثمن وإلا فسخ عليه وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لان الشفيع يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا لاحضار عوضه كتسليم المبيع

ولنا انه غلظ للمبيع بعوض فلا يقف على احضار العوض كالبيع ، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله ، وكون الاخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة فإذا أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والا نسخ الحاكم الاخذ ورده الى المشتري ، وهكذا لو هرب الشفيع بعد الاخذ ، والاولى أن لا يشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الاخذ ولانه تعذر على البائع الوصول الى الثمن فذلك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه ، وكما لو أفلس الشفيع ، ولان الاخذ بالشفعة لا يقف على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الاخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ، ولان وقف ذلك على الحاكم يفضي الى الضرر بالمشتري لانه قد يتعذر عليه اثبات ما يدعيه وقد يصعب

القيمة فإذا أخذها لم يبق له حق بخلاف مالو غصب شيئاً لم يقدر على رده فادى قيمته ثم قدر عليه فانه يرده لان ملك المصوب منه لم يزل عنه

(فصل) ولو كان ثمن الشقص مكيلاً أو موزوناً فتلف قبل قبضه بطل البيع وبطلت الشفعة لانه تعذر التسليم فتعذر امضاء العقد فلم تثبت الشفعة كما لو فسخ البيع في مدة الخيار بخلاف الاقالة والرد بالعيب وان كان الشفيع قد أخذ الشقص فهو كما لو أخذه في المسئلة التي قبلها لان لمشتري الشقص التصرف فيه قبل تقييض ثمنه فأشبه مالو اشتراه منه أجني

(فصل) فان اشترى شقصاً بعد أو ثمن معين فخرج مستحقاً فالبيع باطل ولا شفعة فيه لأنها لما ثبتت في عقد ينقل الملك الى المشتري وهو العقد الصحيح فاما الباطل فوجوده كدمه فان كان الشفيع قد أخذ بالشفعة لزمه رد ما أخذ على البائع ولا يثبت ذلك إلا بينة أو اقرار من الشفيع والمتبايعين وان أقر المتبايعان وأنكر الشفيع لم يقبل قولهما عليه وله الاخذ بالشفعة ويرد العبد الى صاحبه ويرجع البائع على المشتري بقيمة الشقص وان أقر الشفيع أو المشتري دون البائع لم تثبت الشفعة ويجب على المشتري رد قيمة العبد على صاحبه ويبقى الشقص معه يزعم أنه للبائع والبائع ينكره ويدعي عليه وجوب رد العبد والمشتري ينكره فيشتري الشقص منه ويتبارآن ، وان أقر الشفيع والبائع وأنكر المشتري وجب على البائع رد العبد على صاحبه ولم تثبت الشفعة ولم يملك البائع مطالبة المشتري بشيء لان البيع صحيح في الظاهر وقد أدى ثمنه الذي هو ملكه في الظاهر ، وان أقر الشفيع وحده

عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا بشرع فيها ما يفضي الى الضرر ، ولأنه لو وقف الامر على الحاكم لم يملك الاخذ الا بعد احضار الثمن اثلا يفضي الى هذا الضرر ، وان أفلس الشفيع خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الغرماء بالثمن كالبائع اذا أفلس المشتري

(فصل) لا يحل الاحتيال لاسقاط الشفعة وان فعل لم نسقط ، قال أحمد في رواية اسماعيل ابن سعيد وقد سأله عن الحيلة في إبطال الشفعة فقال لا يجوز شي من الحيل في ذلك ولا في إبطال حق مسلم وبهذا قال أبو أيوب وأبو خيثمة وابن أبي شيبة وأبو اسحاق الجوزجاني ، وقال عبد الله بن عمر من يخدع الله يخدع ، وقال أبو أيوب السخيتاني انهم ليخادعون الله كما يخادعون صبياً لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل علي

ومعنى الحيلة أن يظهروا في البيع شيئاً لا يؤخذ بالشفعة معه ويتواطؤن في الباطن على خلافه : مثل أن يشتري شقصاً يساوي عشرة دنانير بألف درهم ثم يقضيه عنها عشرة دنانير ، أو يشتري بمائة دينار ويقضيه عنها مائة درهم ، أو يشتري البائع من المشتري عبداً قيمته مائة بألف فيؤتمه ثم يبيعه الشقص بالألف ، أو يشتري شقصاً بألف ثم يبرئه البائع من تسعمائة ، أو يشتري جزءاً من الشقص بمائة ثم يهب له البائع باقيه ، أو يهب الشقص للمشتري ويهب المشتري له الثمن أو يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة

لم تثبت الشفعة ولا يثبت شيء من أحكام البطلان في حق المتبايعين ، فاما ان اشترى الشقص بثمن في في الذمة ثم نقد الثمن فبان مستحقاً كانت الشفعة واجبة لان البيع صحيح ، فان تعذر قبض الثمن من المشتري لاعسار أو غيره فللبائع فسخ البيع ويقدم حق الشفيع لان بالاخذ بها يحصل للمشتري ما يؤديه ثمناً فزول عسرته ويحصل الجمع بين الحقين فكان أولى

(فصل) واذا وجبت الشفعة وقضى القاضي بها والنقص في يد البائع ودفع الثمن الى المشتري فقال البائع للشفيع أقلني فأقاله لم تصح الاقالة لانها تصح بين المتبايعين وليس بين الشفيع والبائع بيع وإنما هو مشتر من المشتري فان باعه إياه صح لان العقار يجوز التصرف فيه قبل قبضه

(مسألة) (وان أجره المشتري أخذه الشفيع وله الاجرة من يوم أخذه) لانه صار ملكه بأخذه .

(مسألة) (وان استغله المشتري فالغلة له) لانها غناء ملكه

(مسألة) (وان أخذه الشفيع وفيه زرع أو ثمرة ظاهرة فهي للمشتري بمقاة الى الحصاد والجذاذ)

اذا زرع المشتري الارض فلا شفيع الاخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري الى الحصاد لان ضرره لا يتبقى ولا أجره عليه لانه زرع في ملكه ولان الشفيع اشترى الارض وفيها زرع للبائع فكان له مبق الى الحصاد بلا أجره كغير المشفوع وإن كان في الشجر ثم ظاهر أثر في ملك المشتري فهو له مبق الى الجذاذ كالزراع

قراضة او جوهرة معينة او سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم واولؤة وأشباه هذا ، فهذا كله اذا وقع من غير تحيل سقطت الشفعة ، وان تحيلا به على اسقاط الشفعة لم تسقط ويأخذ الشفيع الشقص في الصورة الاولى بعشرة دنانير أو قيمتها من الدراهم وفي الثانية بمائة درهم أو قيمتها ذهبا ، وفي الثالثة بقيمة العبد المبيع وفي الرابعة بالباقي بعد الابراء وهو المائة المقبوضة ، وفي الخامسة يأخذ الجزء المبيع من الشقص بقسطه من الثمن ويحتل أن يأخذ الشقص كله بجميع الثمن لانه انما وهبه بقية الشقص عوضا عن الثمن الذي اشترى به جزءا من الشقص ، وفي السادسة يأخذ بالثمن الموهوب ، وفي سائر الصور المجهول ثمنها يأخذه بمثل الثمن أو بقيمته ان لم يكن مثلها اذا كان الثمن موجودا وان لم يوجد عينه دفع اليه قيمة الشقص لان الاغلب وقوع العقد على الاشياء بقيمتها ، وقال اصحاب الراي والشافعي يجوز ذلك كله وتسقط به الشفعة لانه لم يأخذ بما وقع البيع به فلم يحز كما لو لم يكن حيلة

ولنا قول النبي ﷺ « من أدخل فرسا بين فرسين ولم يأمن أن يسبق فليس بقمار » وان أمن أن يسبق فهو قمار » رواه أبو داود وغيره ، فجعل ادخال الفرس المحلل قمارا في الموضع الذي يقصد به اباحة اخراج كل واحد من المتسابقين جملا مع عدم معنى المحلل فيه وهو كونه بحال محتمل أن يأخذ سبقيهما ، وهذا يدل على ابطال كل حيلة لم يقصد بها الا اباحة المحرم مع عدم المعنى فيها واستدل اصحابنا بما روى أبو هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ انه قال « لا تركبوا ما ارتكبت

(فصل) واذا نوى المبيع في يد المشتري لم يخل من حالين (أحدهما) ان يكون نماء متصلا كالشجر إذا كبر أو ثمرة غير ظاهرة فان الشفيع يأخذه بزيادته لانها زيادة غير متميزة فتبعت الاصل كما لو ورد بعب أو خيار أو إقالة ، فان قيل فلم لا يرجع الزوج في نصفه زائداً إذا طلق قبل الدخول ؟ قلنا لان الزوج يقدر على الرجوع بالقيمة إذا فاته الرجوع في العين وفي مسئلتنا اذا لم يرجع في الشقص سقط حقه من الشفعة فلم يسقط حقه من الاصل لاجل ما حدث من البائع وإذا أخذ الاصل تبعه نماءه المتصل كما ذكرنا في الفسوخ كلها (الحال الثاني) أن تكون الزيادة منفصلة كالفلة والاجرة والطمع المؤبر والثمرة الناهرة فهي للمشتري لانها حدثت في ملكه وتكون مبقاة في رءوس التخل الى الجذاذ لان أخذ الشفيع من المشتري شراء ثان فيكون حكمه حكم ما لو اشترى برضاء وان اشترى وفيه طلع غير مؤبر فأبره ثم أخذه الشفيع أخذ الاصل دون الثمرة ويأخذ الارض والتخيل بحصتها من الثمن كما لو كان المبيع شقصاً

(مسألة) (وان قاسم المشتري وكيل الشفيع أو قاسم الشفيع لكونه أظهر له زيادة في الثمن أو نحوه وغرس أو بنى للشفيع أن يدفع اليه قيمة الغراس والبناء وعمله أو يقلعه ويضمن النقص فان اختار الشفيع أخذه واختار المشتري قلعه فله ذلك اذا لم يكن فيه ضرر بالقلع)
وجملة ذلك أنه يتصور بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع على وجه مباح في مسائل (منها)

اليهود فتستحلوا محارم الله بآذنى الحيل ، وقال النبي ﷺ « لعن الله اليهود ان الله لما حرم عليهم شعومها جعلها ثم باعوه وأكلوا ثمنه ، متفق عليه ولان الله تعالى ذم المخادعين له بقوله (يخادعون الله) والذين آمنوا وما يخدعون الا أنفسهم وما يشعرون) والحيل مخادعة ، وقد مسح الله تعالى الذين اعتدوا في السبت قردة بحيلتهم فانه رءى أنهم كانوا ينصبون شبابكم يوم الجمعة ومنهم من يحفر جبابا ويرسل الماء اليها يوم الجمعة فاذا جاءت الحيتان يوم السبت وقعت في الشباك والجباب فيدعونها الى ليلة الاحد فيأخذونها ويقولون ما اصعدنا يوم السبت شيئا ففسخهم الله تعالى بحيلتهم ، وقال تعالى (فجعلناها نكالا لما بين يديها وما خلفها وموعظة للمتقين) قبل يعني به أمة محمد ﷺ أي لتعظ بذلك أمة محمد ﷺ فيجتنبوا مثل ما فعل المعتدون ، ولان الحيلة خديعة وقد قال النبي ﷺ « لا تحل الخديعة لمسلم » ولان الشفعة وضعت لدفع الضرر فلو سقطت بالتحيل لحق الضرر فلم تسقط كما لو أسقطها المشتري بالبيع والوقف ، وفارق ما لم يقصد به التحيل لانه لا خداع فيه ولا قصد به إبطال حق والاعمال بالنيات ، فان اختلفا هل وقع شيء من هذا حيلة أولا ؟ فالقول قول المشتري مع يمينه لانه أعلم بنية وحاله

إذا ثبت هذا فان الغرر في الصورتين الاوليين على المشتري لشرائهما يساري عشرة بمائة وما

أن يظهر المشتري أنه اشتراه بأكثر من ثمنه أو أنه وهب له أو غير ذلك مما يمنع الشفيع من الاخذ بها فيتركها ويقاسمه ثم يبيى المشتري ويغرس فيه (ومنها) أن يكون غائباً فيقاسمه ويكبه أو صغيراً فيقاسمه وليه أو نحو ذلك ثم يقدم الغائب أو يبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة ، وكذلك ان كان غائباً أو صغيراً فطالب المشتري الحاكم بالقسمة فقام ثم قدم الغائب وبلغ الصبي فيأخذ بالشفعة بعد غرس المشتري وبنائه فان للمشتري قلم غرسه وبنائه ان اختار ذلك لانه ملكه فاذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الارض ذكره القاضي وهو قول الشافعي لانه غرس وبنى في ملكه وما حدث من النقص انما حدث في ملكه وذلك لما لا يقابله ثمن ، وظاهر كلام الخرقي أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع لانه اشترط في قلع الفرس والبناء عدم الضرر وذلك لانه نقص دخل على ملك غيره لاجل تخليص ملكه فلهذه ضمانه كالمالك كسر محبرة غيره لاجل اخراج دينار منها ، فوله ان النقص حصل في ملكه ليس كذلك فان النقص الحاصل بالقلع انما حصل في ملك الشفيع فاما نقص الارض الحاصل بالفرس والبناء فلا يضمنه لما ذكره ، فان لم يختار المشتري القلع فلا شفيع الخيار بين ثلاثة أشياء: ترك الشفعة وبين دفع قيمة الفراس والبناء فيملكه مع الارض وبين قلع الفراس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع . وهذا قال الشعبي والاوزاعي وابن أبي ليلى ومالك والليث والشافعي والبيهقي وسوار واسحاق ، وقال حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي يكلف المشتري القلع ولا شيء له لانه بنى فيما استحق عليه أخذه فأشبهه الغاصب ولانه بنى في حق غيره بغير إذنه فأشبهه مالوك كانت مستحقة

يساوي مائة درهم بمائة دينار وأشهد على نفسه أن عليه ألفاً فربما طالبه بذلك فلزمه في ظاهر الحكم وفي الثالثة الغرر على البائع لأنه اشترى عبداً يساوي مائة بالف ، وفي الرابعة على المشتري لأنه اشترى شقصاً قيمته مائة بالف وكذلك في الخامسة لأنه اشترى بعض الشقص بثمن جميعه ، وفي السادسة على البادي منهما بالهبة لأنه قد لا يجب له الآخر شيئاً ، فإن خالف أحدهما مانواً طأً عليه فطالب صاحبه بما أظهره لزمه في ظاهر الحكم لأنه عقد البيع مع صاحبه بذلك مختاراً ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يحمل لمن غر صاحبه الاخذ بخلاف مانواً طأً عليه لأن صاحبه إنما رضي بالعقد لا نواطؤ فم فواته لا يتحقق الرضى به

﴿مسألة﴾ قال (وان اختلفا في الثمن فالقول قول المشتري الا أن يكون للشفيع بينة)

وجملته أن الشفيع والمشتري إذا اختلفا في الثمن فقال المشتري اشتريته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لأنه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا ينزع من يده بالدهوى بغير بينة وبهذا قال الشافعي ، فإن قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لأنه غارم ومنكر لزيادة فهو كالغاصب والمتلف والضامن لنصيب شريكه إذا اعتق ؟ قلنا الشفيع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمعتق ، فأما إن كان للشفيع بينة حكم بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستدعي عن يمينه وبثبت ذلك بشاهد وبيمين وشهادة رجل

ولنا قول النبي ﷺ « لا ضرر ولا اضرار » ولا يزول الضرر عنها إلا بذلك ولأنه بني في ملكه الذي يملك يبعه فلم يكلف قلمه مع الاضرار كما لو لم يكن مشفوعاً وفارق ما قاسوا عليه فانه بني في غير ملكه ، ولأنه عرق ظالم وليس لعرق ظالم حق . إذا ثبت هذا فانه لا يمكن لإيجاب قيمته مستحقاً للبقاء في الأرض لأنه لا يستحق ذلك ، ولا قيمته مقلوماً لأنه لو وجبت قيمته مقلوماً لوجب قلمه ولم يضمن شيئاً ولأنه قد يكون مما لا قيمة له إذا قلمه ، ولم يذكر أصحابنا كيفية وجوب القيمة فالظاهر أن الأرض تقوم مغروسة مبنية ثم تقوم خالية منها فيكون ما بينها قيمة الغرس والبناء فيدفعه الشفيع إلى المشتري إن أحب أو ما نقص منه إن اختار القلع لأن ذلك هو الذي زاد بالغرس والبناء ، ويحتمل أن يقوم والبناء مستحق للترك بالاجرة أو لاخذة بالقيمة إذا امتنعا من قلمه ، فإن كان للغرس وقت يقلع فيه فيكون له قيمة وإن قلم قبله لم يكن له قيمة أو تكون قيمته قليلة فاختار الشفيع قلمه قبل وقته فله ذلك لأنه يضمن النقص فينجبر به ضرر المشتري سواء كثر النقص أو قل ويعود ضرر كثرة النقص على الشفيع وقد رضي بتحملة ، وإن غرس أو بني مع الشفيع أو وكيه في المشاع ثم أخذه الشفيع فالحكم في أخذ نصيبه من ذلك كالحكم في أخذ جميعه بعد المقاسمة

(مسألة) (فإن باع الشفيع ملكه قبل العلم لم تسقط شفيعته في أحد الوجهين والمشتري الشفعة

فيما باعه الشفيع في أصح الوجهين)

واصرأين ولا تقبل شهادة البائث لأنه إذا شهد للشفيع كان متبهماً لأنه بطالب تقليل الثمن خوفاً من الدرك عليه ، وإن أقام كل واحد منهما بيئته احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعان فيما وقم عليه العقد فيصيران كمن لا بيئته لهما ، وذكر الشريف أن البيئتين بيئته الشفيع ويقتضيه مذهب الحنفي لأن بيئته الخارج عنده مقدمة على بيئته الداخل والشفيع هو الخارج وهذا قول أبي حنيفة ، وقال أصحابه البيئتين بيئته المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فانه مقدم على قول الشفيع ، ويخالف الخارج والداخل لأن بيئته الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده ، وفي مسئلتنا البيئتين تشهد على نفس العقد كشهادة بيئته الشفيع

ولنا أنهما بيئتان تعارضتا فقدمت بيئته من لا يقبل قوله عند عدها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعان في العقد ولا يدعيها عليه فصارا كالمتنازعين عينا في يد غيرهما

(فصل) وإن قال المشتري لا أعلم مبالغ الثمن فالقول قوله لأن ما يدعيه ممكن لجواز أن يكون اشتراه جزافاً أو بضمن نسي مبلغه ويحلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بذل ولا يمكن أن يدفع اليه ما لا يدعيه ، فإن ادعى أنك فعلت ذلك تحيلاً على إسقاط الشفعة فعليه اليمين على نفي ذلك

(فصل) فإن اشترى شقصاً بعرض واختلفاً في قيمته فإن كان موجوداً عرضاه على المقومين ، وإن تعذر إحصاؤه فالقول قول المشتري كالأول باختلاف قدر الثمن ، وإن ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا

وجملة ذلك أن الشفيع إذا باع ملكه طاماً بالخال سقطت شفعته لأنه لم يبق له ملك يستحق به ، ولأن الشفعة تثبت لازالة الضرر الحاصل بالشركة ، وقد زال ذلك ببيع ، وإن باع بعضه فبعضه وخجهان (أحدهما) تسقط أيضاً لأنها استحققت بجميعه ، وإذا باع بعضه سقط ما تعلق بذلك من الشفعة فسقط باقيها لأنها لا تتبع فسقط جميعها بسقوط بعضها كالرق والنكاح وكما لو عفا عن بعضها (والثاني) لا تسقط لأنه قد بقي من نصيبه ما يستحق به الشفعة في جميع المبيع لو انفرد ، فكذلك إذا بقي ، وللمشتري الأول الشفعة على الثاني في المسئلة الأولى ، وفي الثانية إذا قلنا بسقوط شفعة البائع الأول لأنه شريك في المبيع ، وإن قلنا لا تسقط شفعة البائع فله أخذ الشقص من المشتري الأول ، وهل للمشتري الأول شفعة على المشتري الثاني؟ فيه وجهان (أحدهما) له الشفعة لأنه شريك فإن الملك ثابت له يملك التصرف فيه بجميع التصرفات ويستحق ثمنه وفوائده ، واستحقاق الشفعة به من فوائده (والثاني) لا شفعة له لأن ملكه يؤخذ بها فلا تؤخذ الشفعة به ولأن ملكه متزلزل ضعيف فلا يستحق الشفعة به لضعفه ، قال شيخنا والأول أقيس فإن استحقاق أخذه منه لا يمنع أن يستحق به الشفعة كالصدق قبل الدخول والشقص الموهوب لولي. فعلى هذا للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني سواء أخذ منه المبيع بالشفعة أو لم يؤخذ ، وللبائع الثاني إذا باع بعض الشقص الأخذ من المشتري الأول في أحد الوجهين ، فاما إن باع الشفيع ملكه قبل علمه بالبيع الأول فقال القاضي تسقط شفعته

فيما اذا ادعى جهر ثمنه ، وان اختلفا في الغراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثه وأنكر الشفيع
 فالقول قول المشتري لانه ملكه والشفيع يريد تملكه عليه فالقول قول المالك
 (فصل) اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت نصيبك فلي أخذه بالشفعة فانه
 يحتاج الى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والتمن ويدعي الشفعة
 فيه فاذا فعل ذلك سئل المدعى عليه فان أقر لزمه، وان أنكر وقال أنا اتيت به أو ورثته فلا شفعة لك فيه
 فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف بريء وان نكل قضى عليه وان
 قال لا تستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الانكار ، واذا نكل
 وقضى عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فان أخذه دفع اليه ، وان قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها)
 يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فأنكرها والثاني أن يأخذه الحاكم
 فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه المشتري ومتى ادعاء دفع اليه (والثالث) يقال له إما أن تقبضه وإما أن
 تبريء منه كسيد المكاتب اذا جاءه المكاتب بمال المكتابة فادعى أنه حرام اخذ هذا القاضي وهذا
 مفارق للمكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى
 سيده تحرير ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي أن يكلف ابراء مما لا يدعيه والوجه
 الاول أولى إن شاء الله تعالى

أيضا لما ذكرناه وهو مذهب الشافعي ولانه زال السبب الذي يستحق به الشفعة وهو الملك الذي يخاف
 الضرر بسببه فصار كمن اشترى معيلا لا يعلم عيبه حتى زال أو حتى باعه. فعلى هذا حكمه حكم مالو باع
 مع علمه سواء فيما اذا باع جميعه أو بعضه ، وقال أبو الخطاب لا تسقط شفيعته لانها ثبتت له ولم يوجد
 منه رضى بتركها ولا ما يدل على إسقاطها والاصل بقاؤها بخلاف ما إذا علم فان بيعه دليل على رضاه
 بتركها . فعلى هذا للإمام الثاني أخذ الشقص من المشتري الاول فان عفا عنه فلامشتري الاول أخذ
 الشقص من المشتري الثاني، وان أخذ منه فهل للمشتري الاول الاخذ من الثاني؟ على وجهين (أولاهما)
 ان له الاخذ لان ملكه كان ثابتا حال البيع ولم يوجد منه ما يمنع ذلك
 (مسألة) (وان مات بطلت شفيعته إلا أن يموت بعد طلبها فتكون لوارثه)

وجله ذلك ان الشفيع إذا مات قبل الاخذ بالشفعة فان كان قبل الطلب بها سقطت ولا ينتقل
 إلى الورثة ، قال احمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء الشفعة والحد إذا مات المقذوف والخيار إذا مات
 الذي اشترط الخيار ، لم يكن للورثة هذه الثلاثة أيضا إنما هي بالطلب فاذا لم يطلب فليس تجب الا أن
 يشهد أني على حقي من كذا وكذا وأنني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به، روي سقوط
 الشفعة بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي
 وقال مالك والشافعي والعمري يورث ، قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لانه خيار ثابت لدفع
 الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

(فصل) وان قال اشترته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فان صدقه كان الشراء له والشفعة عليه، وان قال هذا ملكي ولم اشتره انتقلت الخصومة اليه وان كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه واخذ منه بالشفعة، وان كان المقر له غائباً أخذ الحاكم ودفعه الى الشفيع وكان الغائب على حجته اذا قدم لأننا لو وقفنا الامر في الشفعة الى حضور المقر له لكان في ذلك اسقاط الشفعة لان كل مشتر يدعي انه لغائب. وان قال اشترته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية ففيه وجهان :

(أحدهما) لا تثبت الشفعة لان الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لانه ايجاب

حق في مال صغير باقرار وليه

(الثاني) تثبت لانه بملك الشراء له فصح اقراره فيه كما يصح اقراره ببيع في مبيعه ، فأما ان ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت بينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبها بها لان الملك يثبت لهما باقراره به فأقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا قر بالشراء ابتداء لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فثبتنا جميعاً، وان لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببينانه لانه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبننا

ولنا انه حق فسخ ثبت لا لفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولانه نوع خيار جمل للتملك أشبه خيار القبول فاما خيار الرد بالعيب فانه لاستدراك جزء فاق من المبيع

(فصل) فان مات بعد طلب الشفعة انتقل حق المطالبة بالشفعة الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لان الحق يقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الحق بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة والاول أصح فانه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الاخذ بها . فاذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على قدر إرثهم لانه حق مالي موروث فينتقل الى الجميع كسائر الحقوق المالية وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرؤوس لان هذا ينتقل اليهم من موروثهم فان ترك بعض الورثة حقه توفّر الحق على باقي الورثة ولم يكن لهم إلا أن يأخذوا الكل أو يتركوا كالشفعاء إذا عفا بعضهم عن شفعتهم لانا لو جوزنا أخذ بعض الشقص لتشقص المبيع وتبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبته بها للعذر ثم مات لم تبطل والورثة المطالبة بها نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطلب عند المعجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعده كنفس الطلب

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب قاضي الحاضر على من في يده نصيب الغائب انه اشتراه منه وأنه يستحق بالشفعة فصدقه فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لأن هذا إقرار على غيره

ولنا انه أقر بما في يده فقبل إقراره كما لو أقر بأصل ملكه وهكذا لو ادعى عليه انك بهت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كإقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص وبطال باجره من شاء منها ويستقر الضمان على الشفيع لأن المنافع تلفت تحت يده فان طالب الوكيل رجع على الشفيع وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل انك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال انما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه فان كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على النائب لأن القضاء ههنا على الحاضر بوجوب الشفعة عليه واستحقاق انتزاع الشقص من يده وحصل القضاء على الغائب ضمناً فان لم تكن بينة وطالب الشفيع يمينه فنكل عنها احتمال أن يقضى عليه لأنه لو أقر لقضي عليه فكذلك اذا نكل واحتمل أن لا يقضى عليه لأنه قضاء على الغائب بغير بينة ولا إقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فمعا عنها أحدهما وطالب بها الآخر ثم مات الطالب فورته العافي فله أخذ الشقص بها لأنه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الأخذ بها كالأجنبي وكذلك لو قذف رجل أمها وهي ميتة فمعا أحدهما وطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العافي ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت اذا قلنا بوجوب الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة لا شفعة لهم لأن الحق انتقل الى الغرماء

ولنا انه يبيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم أن التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل أنها لو تمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وإنما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كانت للبيت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لأن البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكاً للموروث فباع نصيب الموروث في دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق

(فصل) واذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفعين إقامة البينة انه شريك وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي وقال أبو يوسف اذا كان في يده استحق به الشفعة لذلك لان الظاهر من اليد الملك

ولنا أن الملك لا يثبت بمجرد اليد واذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت ومجرد الظاهر لا يكفي كإلو ادعى ولد أمة في يده، فان ادعى أن المدعي يعلم انه شريك فعلى المشتري البين انه لا يعلم ذلك لانها بمن على نفي فعل الغير فكان على العلم كاليمين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

(فصل) اذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو في شفعته فصدقه عمرو فانكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة انه كان ملك عمرو لم تثبت الشفعة بذلك ، وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن وإما أن ترده الى البائع فيأخذه الشفعين منهما لانهما شهدا بالملك لعمرو فكانهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة ماله

من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لان الموصى به ذهب فبطلت الوصية به كما لو تلف ، ولا يستحق الموصى له بدله لانه لم يوص له الا بالشقص ، وقد فات بأخذه ، ولو وصى رجل لانسان بشقص ثم مات فبيع في شركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لان الموصى به لا يصير للموصى له الا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون للموصى له إذا قلنا ان الملك ينقل اليه بمجرد الموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا تبينا ان الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لاننا لانعلم ان الملك له قبل القبول وانما يتبين ذلك بقبوله فان قبل تبينا انه كان له وان رد تبينا انه كان للورثة ولا يستحق الورثة المطالبة ايضا لذلك ويحتمل ان لهم المطالبة لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجبين (احدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه ان يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له او لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الوصي الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطلب منه لان الطلب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا بالرواية الاولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يأتوا بها واذا قبل الوصي اخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لان الشقص الموصى به انما انتقل اليه بعد الاخذ بشفعته فأشبهه ما لو اخذها الموصى في حياته ، وان لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى له فلا شفعة له لان البيع وقع قبل ثبوت الملك له وحصول شركته وفي ثبوتها للورثة وجهاً بناء على ما لو باع الشفعين نصيبه قبل علمه ببيع شريكه

٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة (المغني والشرح الكبير)

حلف أني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكا له: أنا بعته إياها لم يقبل عليه في الخنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده فانكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وهنا من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاثني في يده ولا يقدر على تسليم الشقص فافترقا

(فصل) وإذا كانت دار بين رجلين فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه يستحق ما في يديه بالشفعة سألتها متى ملكتماها؟ فان قال ملكناها دفعة واحدة فلا شفعة لاحدهما على الآخر لان الشفعة انما تثبت بملك سابق في ملك متجدد بعده، وإن قال كل واحد منهما ملكي سابق ولا أحدهما بينة بما ادعاه قضي له، وإن كان لكل واحد منهما بينة قدمنا أسبقهما تاريخا، وإن شهدت بينة كل واحد منهما بسبق ملكه وتجدد ملك صاحبه تعارضتا، وإن لم تكن لواحد منهما بينة نظرنا إلى السابق بالدعوى فقد منادى دعواه وسألنا خصمه فان أنكر فالتقول قوله مع يمينه لانه منكر فان حلف سقطت دعوى الاول ثم تسمع دعوى الثاني على الاول فان أنكر وحلف سقطت دعواهما جميعا، وان ادعى الاول فنكل الثاني عن اليمين قضينا عليه ولم نسمع دعواه لان خصمه قد استحق ملكه، وإن حلف الثاني ونكل الاول قضينا عليه

(فصل) إذا اختلف المتبايعان في الثمن فادعى البائع أن الثمن ألفان وقال المشتري هو ألف فأقام

(فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل او مات فللشفيع اخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله الى المسلمين بقتله او موته لا يمنع الشفعة كما لو مات على الاسلام فورثه ورثته او صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكيل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف فان قتل على رده او مات عليها تبينا ان شراؤه باطل ولا شفعة فيه وان اسلم تبينا صحته وثبوت الشفعة فيه، وقال ابو بكر تصرفه غير صحيح في الحالين لان ملكه يزول برده فاذا اسلم عاد اليه تملكاً مستأنفاً، وقال الشافعي وابو يوسف تصرفه صحيح في الحالين وتجب الشفعة فيه، ومبنى الشفعة ههنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع، وان بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذه بالشفعة انبنى على ذلك ايضاً لان اخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فاشبهه شراؤه لغيره، فان ارتد الشفيع المسلم وقتل بالردة أو مات عليها انتقل ماله الى المسلمين، فان كان طالب بالشفعة انتقلت ايضاً الى المسلمين ينظر فيها الامام او نائبه وان قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفعته كما لو مات على اسلامه، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثاً سوى بيت المال انتقل نصيبه الى المسلمين ان مات بعد الطلب والا فلا

(فصل) قال رحمه الله (ويأخذ الشفيع بالثمن الذي وقع عليه العقدان عجز عنه او عن بعضه سقطت شفعته)

وجملة ذلك ان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه العقدان روى في

البائع بينة أن الثمن ألتان أخذهما من المشتري والشفيع أخذه بالالف لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم عليه بألفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالبينة بطل قوله وثبت ما حكم به الحاكم ولنا أن المشتري مقر بأن هذه البينة كاذبة وأنه ظلمه بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها ، فان قال المشتري صدقت البينة وكنت أنا كاذباً أو ناسباً ففيه وجهان (أحدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعين به حق آدمي غيره فأشبهه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشمن ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع بيمينه بل ههنا أولى لانه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب ، وإن لم تكن للبائع بينة فتحالفا فلا شفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، وان أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري بمنع ذلك ولانه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك فان رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال ، فان عاد المشتري فصدق البائع وقال الثمن ألتان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

حديث جابر ان النبي ﷺ قال « هو احق به بالتمن » رواه الجوزجاني في كتابه ولان الشفيع انما استحق الشقص بالبيع فكان مستحقاً له بالتمن كالمشتري فان قيل ان الشفيع استحق اخذه بغير رضا مالـكه فينبغي ان يأخذ بقيمته كالمضطر يأخذ طعام غيره ، قلنا المضطر استحق اخذه بسبب حاجة خاصة فكان المرجع في بدله الى قيمته والشفيع استحقه لاجل البيع ولهذا لو انتقل بهية او ميراث لم يستحق الشفعة وإذا استحق ذلك بالبيع وجب ان يكون بالعوض الثابت بالبيع . إذا ثبت هذا فالتا نظر في الثمن فان كان دراهم أو دنانير أعطاه الشفيع مثله

(فصل) ولا يأخذ بالشفعة من لا يقدر على الثمن لان في أخذه بدون دفع الثمن اضراراً بالمشتري ولا يزال الضرر بالضرر ، فان أحضر رهناً أو ضميناً لم يلزم المشتري قبوله لان عليه ضرراً في تأخير الثمن فلم يلزم المشتري ذلك كما لو أراد تأخير ثمن حال ، وإن بذل عوضاً عن الثمن لم يلزمه قبوله لانها معاوضة فلم يجبر عليها ، واذا أخذ بالشفعة لم يلزم المشتري تسليم الشقص حتى يقبض الثمن فان كان موجوداً سلمه وإن تعذر في الحال ، فقال أحمد في رواية حرب ينظر الشفيع يوماً أو يومين بقدر ما يرى الحاكم فاذا كان أكثر فلا وهذا قول مالك ، وقال ابن شبرمة وأصحاب الشافعي ينظر ثلاثاً لانها آخر حد القلة فان أحضر الثمن والا فسخ عليه ، وقال أبو حنيفة وأصحابه لا يأخذ بالشفعة ولا

(فصل وإن اشترى شفعاً له شفيهان فادعى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيح الآخر قبل عفوهِ عن شفَعته لم تقبل شهادته لأنه يجر إلى نفسه نفعاً وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للثمة فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق إذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم الثمة وبحلف المشتري مع شهادته، ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه، وإن كانت الدعوى على الشفيعين معاً فلو ثبتت الشفعة، وإن حلف أحدهما ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم ينف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة، بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه، وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كما هو سواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين، وإن شهد أحدهما بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة، وإن كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعده وهما قبلت وإن شهدا قبله ردت وإن شهدا بعده عفو أحدهما وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي، وإن شهد البائع بعفو الشفيح بعد قبض الثمن قبلت شهادته، وإن كان قبله ففيه وجهان (أحدهما) تقبل لأنها سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذه من الشفيح فيسهل عليه وفاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء، لفلسه فيستحق استرجاع المبيع، وإن شهد

يقضي القاضي بها حتى يحضر الثمن لأن الشفيح يأخذ الشقص بغير اختيار المشتري فلا يستحق ذلك إلا بحضور عوضه كتسليم المبيع

ولنا أنه تملك للمبيع بعوض فلا ينف على احضار العوض كالبيع، وأما التسليم في البيع فالتسليم في الشفعة مثله وكون الأخذ بغير اختيار المشتري يدل على قوته فلا يمنع من اعتباره في الصحة، ومتى أجلناه مدة فأحضر الثمن فيها والافسخ الحاكم الأخذ وردة إلى المشتري، وكذا لو هرب الشفيح بعد الأخذ قال شيخنا والأولى أن للمشتري الفسخ من غير حاكم لأنه فات شرط الأخذ ولأنه تعذر على البائع الوصول إلى الثمن فملك الفسخ كغير من أخذت الشفعة منه، وكما لو أفلس الشفيح والشفعة لا تنفق على حكم الحاكم فلا يقف فسخ الأخذ بها على الحاكم كفسخ غيرها من البيوع وكالرد بالعيب ولأن وقف ذلك على الحاكم يفضي إلى الضرر بالمشتري لأنه قد يتعذر عليه إثبات ما يدعيه وقد يصعب عليه حضور مجلس الحاكم بعده أو غير ذلك فلا يشرع فيها ما يفضي إلى الضرر، ولأنه لو وقف الأمر على الحاكم لم يملك الأخذ إلا بعد احضار الثمن لئلا يفضي إلى هذا الضرر، وإن أفلس الشفيح خير المشتري بين الفسخ وبين أن يضرب مع الفرما بالثمن كالبايع إذا أفلس المشتري

(مسئلة) (وما يزداد في ثمن أو يحط منه في مدة الخيار يلحق به وما بعد ذلك لا يلحق به)

قد ذكرنا أن الشفيح إنما يستحق الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد فلو تباعا بقدر ثم غيراه

(المفني والشرح الكبير) بيان ان تقسيم الشقص على الشفعة، انما يكون بقدر حصصهم ٥٢٢

لمكانه بفرو شفعة أو شهد بشراء شيء لمكانه فيه شفعة لم تقبل لان المكان عبده فلا تقبل شهادته له كدبره ولان ما يحصل للمكاتب ينتفع به السيد لانه ان عجز صار له وان لم يعجز سهل عليه الوفاء له ، وان شهد على مكانه بشيء من ذلك قبلت شهادته لانه غير متهم فأشبه الشهادة على ولده

﴿مسئلة﴾ قال (وإن كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها وللآخر ثلثها وللآخر سدسها فباع أحدهم كانت الشفعة بين النفسين على قدر سهامهما)

الصحيح في المذهب أن الشقص المشفوع اذا أخذه الشفعة، قسم بينهم على قدر املاكهم اختاره أبو بكر وروى ذلك عن الحسن وابن سيرين وعطاء، وبه قال مالك وسوار والعنبري وإسحاق وأبو عبيد وهو أحد قولي الشافعي ، وعن أحمد رواية ثانية أنه يقسم بينهم على عدد رؤوسهم اختارها ابن عقيل وروى ذلك عن النخعي والشافعي وبه قال ابن أبي ليلى وابن شبرمة والثوري وأصحاب الرأي لان كل واحد منهم لو انفرد لاستحق الجميع فاذا اجتمعوا تساروا كالبنين في الميراث وكالمتقين في مراية العتق

ولنا أنه حق يستفاد بسبب الملك فكان على قدر الاملاك كالعلة ودليلهم ينتقض بالابن والاب أو الجدة والجدة مع الاخوة وبالفارسان مع الرجال في الغنيمة وبأصحاب الديون والوصايا اذا نقص ماله

في زمن الخيار بزيادة أو نقص ثبت ذلك التغير في حق الشفيع لان حق الشفيع انما يثبت إذا تم العقد وانما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ولان زمن الخيار بمنزلة حالة العقد والتغير يلحق بالعقد فيه لانهما على اختيارهما فيه كما لو كانا في حال العقد ، فلما اذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزاد أو نقصا لم يلحق بالعقد لان الزيادة بنده هبة تعتبر لها شروط الهبة والنقص ابراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع وبه قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة يثبت النقص في حق الشفيع دون الزيادة وان كانا عنده ماحقان بالعقد لان الزيادة تضر بالشفيع فلم يملكها بخلاف النقص ، وقال مالك ان بقي ما يكون ثمناً أخذ به وان حط الاكثر أخذه بجميع الثمن الاول

ولنا ان ذلك يعتبر بعد استقرار العقد فلم يثبت في حق الشفيع كالزيادة ولان الشفيع استحق الاخذ بالثمن الاول قبل التغير فلم يؤثر التغير بعد ذلك فيه كالزيادة وما ذكره من العذر لا يصح لان ذلك لو لحق العقد لزم الشفيع وان أضر به كالزيادة في مدة الخيار ولانه حط بعد لزوم العقد فأشبه حط الجميع أو الاكثر عند مالك

﴿مسئلة﴾ (وان كان مؤجلاً أخذه الشفيع بالاجل ان كان ماثماً والا أقام كفيلاً مليئاً وأخذه به) وبهذا قال مالك وعبد الملك وإسحاق ، وقال الثوري لا يأخذها إلا بالتقدح ، وقال أبو حنيفة لا يأخذ الا بضمن حال أو ينتظر مضي الاجل ثم يأخذ ، وعن الشافعي كذهبنا ومذهب أبي حنيفة

عن دين أحدهم أو الثلث عن وصية أحدهم، وفارق الاعيان لانه اتلاف والاتلاف يستوي فيه القليل والكثير كالنجاسة تلتقي في مائع، وأما البنون فانهم تساوا في التسبب وهو البنوة فتساوا في الارث بها فنظيره في مسئلتنا تساوي الشفعة في سهامهم، فعلى هذا ننظر مخرج سهام الشر كاهم فنأخذ منها سهام الشفعة فإذا علمت عدتها قسمت السهم المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعة على تلك العدة كما يفعل في مسائل الرد سواء، وفي هذه المسئلة التي ذكر الخري مخرج سهام الشر كاهم ستة فان باع صاحب النصف فسهام الشفعة ثلاثة لصاحب الثلث سهمان والآخر سهم فالشفعة بينهم على ثلاثة ويصير العقار بينهم أثلاثا لصاحب الثلث ثلثا والآخر ثلثه، وإن باع صاحب الثلث كانت بين الآخرين أرباعا لصاحب النصف ثلاثة أرباعه والآخر ربعه، وإن باع صاحب السدس كانت بين الآخرين أخماسا لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خمسه وعلى الرواية الاخرى يقسم الشقص المشفوع بين الآخرين نصفين على كل حال، فان باع صاحب النصف قسم النصف بين شريكيه لكل واحد الربع فيصير لصاحب الثلث ثلث وربع والآخر ربع وسدس، وإن باع صاحب الثلث صار لصاحب النصف الثلثان وللآخر الثلث، وإن باع صاحب السدس فلصاحب الثلث نصف وربع ولصاحب الثلث ربع وسدس والله أعلم.

(فصل) ولو ورث اخوان داراً أو اشترياها بينهما نصفين أو غير ذلك فمات أحدهما عن ابنين

لانه لا يمكنه أخذه بالمؤجل لانه يفضي الى أن يلزم المشتري قبول ذمة الشفيع والذمم لا تتماثل وانما يأخذ بمثله ولا يلزمه أن يأخذ بمثله حالا لثلاثا يلزمه أكثر مما يلزم المشتري ولا يسلمة بمثل الثمن الى الاجل لانه انما يأخذه بمثل الثمن أو القيمة والسلعة ليست واحداً منها فلم يبق إلا اتخير

ولنا ان الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته والتأجيل من صفاته ولان في الحلول زيادة على التأجيل فلم يلزم الشفيع كزيادة القدر، وما ذكره من اختلاف الذمم فانا لا نوجبها حتى توجد الملاءة في الشفيع أو في الضامن بحيث ينحفظ المال فلا يضر اختلافها فيها وراء ذلك، كما لو اشترى الشقص بسلمة وجبت قيمتها ولا يضر اختلافها، ومتى أخذه الشفيع بالاجل فمات الشفيع أو المشتري وقتنا يحل الدين بالموت حل الدين على الميت منها دون صاحبه لان سبب حله الموت فاختص بمن وجد في حقه

﴿مسئلة﴾ (وإن كان الثمن عرضاً أعطاه مثله ان كان ذا مثل والا أعطاه قيمته)

أما اذا كان من المثليات كالحبوب والادهان فهو كالأمان قياساً عليها فيعطيه الشفيع مثلها هكذا ذكره أصحابنا وهو قول أصحاب الرأي وأصحاب الشافعي لان هذا مثل من طريق الصورة والقيمة فكان أولى من المائل في إحداها ولان الواجب بذل الثمن فكان مثله كبذل العرض والمتلف وان كان

فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وعمه وبهذا قال أبو حنيفة والمزني والشافعي في الجديد وقال في القديم إن أخاه أحق بالشفعة وبه قال مالك لأن أخاه أخص بشركته من العم لا شترأ كما في سبب الملك ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كما لو ملكوا كلهم بسبب واحد، ولأن الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهذا يوجد في حق الكل، وما ذكره لأصل له ولم يثبت اعتبار الشرع له في موضع والاعتبار بالشركة لا بسببها، وهل تقسم بين العم وابن أخيه نصفين أو على قدر ملكيهما؟ على روايتين، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى ابنه نصفها الآخر أو وراثه أو اتبهاه أو وصل إليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو لو ورث ثلاثة داراً فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد المشتريين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنتين وأختين فباعت إحدى الأختين نصيبها أو إحدى البننتين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وخلف ثلاثة بنين وأرضاً فباع أحدهم عن ابنتين فباع أحد العمين نصيبه فالشفعة بين أخيه وابني أخيه، ولو خلف ابنتين وأوصى بثأيه لابنتين فباع أحد الوصيين أو أحد الابنتين فالشفعة بين شركائه كلهم، ولتحاقينا في هذه المسائل اختلاف بطول ذكره

(فصل) وإن كان المشتري شريكاً فلا شفيع الآخر أن يأخذ بقدر نصيبه وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي وحكي عن الحسن والشعبي والبيهقي لاشفعة للآخر لأنها تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل وهذا

عما لا مثل له كالتأب والحيوان فإن الشفيع يستحق الشقص بقيمة الثمن وهذا قول أكثر أهل العلم وبه يقول أصحاب الرأي والشافعي وحكي عن الحسن وسوار أن الشفعة لا تجب ههنا لأنها تجب بمنزل الثمن وهذا لا مثل له فتعذر الأخذ فلم يجب كالمثل

ولنا أنه أحد نوعي الثمن فجاز أن تثبت به الشفعة في المبيع كالمثل وما ذكره لا يصح لأن المثل يكون من طريق الصورة ومن طريق القيمة كبديل المتلف

(فصل) وإن كان الثمن يجب قيمته فإنها تعتبر وقت البيع لانه وقت الاستحقاق ولا اعتبار بعد ذلك بالزيادة والنقص في القيمة، وأن كان فيه خيار اعتبرت القيمة حين انقضاء الخيار واستقرار العقد لانه حين استحقاق الشفعة وبه قال الشافعي، وحكي عن مالك أنه يأخذ بقيمته يوم المحاكمة وليس بصحيح لأن وقت الاستحقاق وقت العقد وما زاد بعد ذلك حصل في ملك البائع فلا يكون للمشتري وما نقص من مال البائع فلا ينقص حق المشتري

﴿مسئلة﴾ (وان اختلفا في قدر الثمن فالقول قول المشتري الا أن تكون للشفيع ينة)

اذ اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فقال المشتري اشترته بمائة فقال الشفيع بل بخمسين فالقول قول المشتري لانه العاقد فهو أعرف بالثمن ولأن الشقص ملكه فلا ينزع عنه بالدعوى بغير ينة وبهذا قال الشافعي، فان قيل فهلا قلتم القول قول الشفيع لانه غارم ومنكر للزيادة فهو كالغاصب

شركته مقدمة فلا ضرر في شرائه، وحكي ابن الصباغ عن هؤلاء أن الشفعة كلها لغير المشتري ولا شيء للمشتري فيها لأنها تستحق عليه فلا يستحقها على نفسه

ولنا أنهما تساويا في الشركة فتساويا في الشفعة كما لو اشترى أجنبي بل المشتري أولى لأنه قد ملك الشقص المشفوع، وما ذكرناه للقول الأول لا يصح لأن الضرر يحصل بشراء هذا السهم المشفوع من غير نظر إلى المشتري وقد حصل شراؤه والثاني لا يصح أيضا لأننا نقول إنه يأخذ من نفسه بالشفعة وإنما يمنع الشريك أن يأخذ قدر حقه بالشفعة فيبقى على ملكه، ثم لا يمنع أن يستحق الإنسان على نفسه لاجل تعلق حق الغير به، ألا ترى أن العبد المرهون إذا جنى على عبد آخر أسيدته ثبت للسيد على عبده ارش الجناية لاجل تعلق حق المرتهن به ولو لم يكن رهنا مانعاً به. إذا ثبت هذا فإن لشريك المشتري أخذ قدر نصيبه لا غير أو العفو، وإن قال له المشتري قد أسقطت شفعتي فخذ الكل أو اترك لم يلزمه ذلك ولم يصح إسقاط المشتري لأن ما ملكه استقر على قدر حقه فجري مجرى الشفعين إذا أخذ بالشفعة ثم عفا أحدهما عن حقه، وكذلك إذا حضر أحد الشفعين فأخذ جميع الشقص بالشفعة ثم حضر الآخر فله أخذ النصف من ذلك فإن قال الأول خذ الكل أودع فاني قد أسقطت شفعتي لم يكن له ذلك، فإن قيل هذا تبعض للصفقة على المشتري قلنا هذا التبعض اقتضاه دخوله في العقد فصار كالرضي منه به كما قلنا في الشفع الحاضر إذا أخذ جميع الشقص وكما لو اشترى شقعا وسيقا

والمتلف والضامن نصيب شريكه إذا اعتق قلنا الشفع ليس بغارم لأنه لا شيء عليه وإنما يريد أن يملك الشقص بثمنه بخلاف الغاصب والمتلف والمتعق، فاما إن كان للشفع بينة حكم له بها وكذلك إن كان للمشتري بينة حكم بها واستغنى عن يمينه ويثبت ذلك بشاهد ويمين وشهادة رجل وامرأتين، ولا تقبل شهادة البائع لأنه إذا شهد للشفع كان متهما لأنه يطلب تقليل الثمن خوفا من الدرك عليه، فإن أقام كل واحد منهما بينة احتمل تعارضهما لأنهما يتنازعا فيما وقع عليه العقد فيصيران كمن لا بينهما، وذكر الشريف أن بينة الشفع تقدم لأنها خارجة ويقتضيه قول الحرقي لأن بينة الخارج عنده تقدم على بينة الداخل والشفع خارج وهو قول أبي حنيفة وقال أصحابه تقدم بينة المشتري لأنها ترجح بقول المشتري فإنه مقدم على قول الشفع، ويخالف الخارج والداخل لأن بينة الداخل يجوز أن تكون مستندة إلى يده وفي مستلثنا البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بينة الشفع

ولنا أنهما يتنازعا تعارضتا فقدمت بينة من لا يقبل قوله عند عدمها كالداخل والخارج ويحتمل أن يقرع بينهما لأنهما يتنازعا في العقد ولا يدلها عليه فصارا كالتنازعين عينا في يد غيرها

(فصل) فإن قال المشتري لا أعلم قدر امن قال قول قوله لأن ما يدعيه ممكن يجوز أن يكون اشتراء جزافا أو بضمن نسي قدره ويخلف فإذا حلف سقطت الشفعة لأنها لا تستحق بغير بدل

(مسئلة) قال (فان ترك أحدهما شفعمته لم يكن للآخر أن يأخذ الا الكل أو يترك)

وجملته أنه اذا كان الشقص بين شفعاء فترك بعضهم فليس لباقيين الا أخذ الجميع أو ترك الجميع وليس لهم أخذ البعض ، قال ابن المنذر أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على هذا ، وهذا قول مالك والشافعي وأصحاب الرأي ولان في أخذ البعض اضراراً بالمشتري بقبض الصفقة عليه والضرر لا يزال بالضرر لان الشفعة انما تثبت على خلاف الأصل دفعا لضرر الشريك الداخل خوفا من سوء المشاركة ومؤنة القسمة فاذا أخذ بعض الشقص لم يندفع عنه الضرر فلم يتحقق المعنى المجوز لمخالفة الأصل فلا تثبت ولو كان الشفيع واحداً لم يجر له أخذ بعض المبيع لذلك فان فعل سقطت شفعمته لانها لا تنبعض فاذا سقط بعضها سقط جميعها كالتصاص ، وإن وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة بعض شركائه أو غيره لم يصح لان ذلك عفو وليس بهبة فلم يصح لغير من هو عليه كالعفو عن التصاص

(فصل) فان كان الشفعاء غائبين لم تسقط الشفعة لموضع العذر فاذا قدم أحدهم فليس له أن يأخذ الا الكل أو يترك لانا لاننا نعلم اليوم مطا بالسواء ولان في أخذه البعض تبعيضاً لصفقة المشتري فلم يجر ذلك كما لو لم يكن معه غيره ولا يمكن تأخير حقه الى أن يقدم شركاؤه لان في التأخير إضراراً بالمشتري فاذا أخذ الجميع ثم حضر آخر قاسمه ان شاء أو عني فيبقى للاول لان المطالبة انما وجدت منهما فان قاسمه

ولا يمكن أن يدفع اليه مالا يدعيه فان ادعى أنك فعلت ذلك تحليل على اسقاط الشفعة حلف على نفي ذلك (فصل) فان اشترى شقصاً بعرض واختلفا في قيمته فان كان موجوداً عرضاً على المقومين وان تعذر احضاره فالقول قول المشتري كما لو اختلفا في قدره فان ادعى جهل قيمته فهو على ما ذكرنا فيما اذا ادعى جهل ثمنه وان اختلفا في الثراس والبناء في الشقص فقال المشتري أنا أحدثته فانكر فالقول قول المشتري لانه ملسكه والتفيع يريد تملكه عليه فكان القول قول المالك

(مسئلة) (وان قال المشتري اشتريته بألف وأقام البائع بينة أنه باعه بألفين فللشفيع أخذه بألف

فان قال المشتري غلطت فهل يقبل قوله مع يمينه؟ على وجهين)

وجهة ذلك أن للشفيع أن يأخذه بما قال المشتري لان المشتري مقر له باستحقاقه بألف ويدعي أن البائع ظلمه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة ان حكم الحاكم بالفين أخذه الشفيع بهما لان الحاكم اذا حكم عليه بالينة بطل قوله وثبت ما حكم به

ولنا أن المشتري يقر بأن هذه الينة كاذبة وأنه ظلم بألف فلم يحكم له به وانما حكم بها للبائع لانه لا يكذبها فان قال المشتري صدقت الينة وكنت أنا كاذباً أو ناسياً فقيه وجهان (احدهما) لا يقبل رجوعه لانه رجوع عن اقرار تعلق به حق آدمي غيره فاشبه ما لو أقر له بدين (والثاني) يقبل

ثم حضر الثالث قاسمها ان أحب أو عفا فيبقى للاولين فإن نعى الشقص في يد الاول ناء. منفصلاً لم يشاركه فيه واحد منهما لأنه انفصل في ملكه فأشبهه مالو انفصل في يد المشتري قبل الاخذ بالشفعة ، وكذلك إذا أخذ الثاني فنمى في يده ناء. منفصلاً لم يشاركه الثالث فيه ، وان خرج الشقص مستحقاً فالعقدة على المشتري يرجع الثلاثة عليه ولا يرجع أحدهم على الآخر فإن الاخذ وان كان من الاول فهو بمنزلة النائب عن المشتري في الدفع اليهما والنائب عنهما في دفع الثمن اليه لان الشفعة مستحقة عليه لهم وهذا ظاهر مذهب الشافعي ، وان امتنع الاول من المطالبة حتى يحضر صاحبه أو قال أخذ قدر حقي ففيه وجهان (أحدهما) يبطل حقه لأنه قدر على أخذ الكل وتركه فأشبهه المنفرد (والثاني) لا يبطل لأنه تركه لعذر وهو خوف قدوم الغائب فينتزعه منه، والترك لعذر لا يسقط الشفعة بدليل مالو أظهر المشتري ثمتاً كثيراً فترك لذلك ثم بان بخلافه، فإن ترك الاول شفعة توفرت الشفعة على صاحبه فإذا قدم الاول منهما فله أخذ الجميع على ما ذكرنا في الاول فإن أخذ الاول بها ثم رد ما أخذه بعيب فكذلك وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن محمد بن الحسن أنها لا تتوفر عليهما وليس لها أخذ نصيب الاول لأنه لم يعف وإنما رد نصيبه لاجل العيب فأشبهه مالورجع الى المشتري ببيع أو هبة ولنا أن الشفيع فسخ ملكه ورجع إلى المشتري بالسبب الاول فكان لشريكه أخذه كما لو عفا، ويفارق عوده بسبب آخر لأنه عاد غير الملك الاول الذي تعلقت به الشفعة

قوله وقال القاضي هو قياس المذهب عندي كما لو أخبر في المراجعة بشئ ثم قال غلطت والتمن أكثر قبل قوله مع يمينه بل ههنا أولى لأنه قد قامت البينة بكذبه وحكم الحاكم بخلاف قوله فقبل رجوعه عن الكذب، وان لم تكن للبائنة بينة فتحالفاً للشفيع أخذه بما حلف عليه البائع ، فإن أراد أخذه بما حلف عليه المشتري لم يكن له ذلك لان للبائع فسخ البيع وأخذه بما قال المشتري يمنع ذلك، ولأنه يفضي الى الزام العقد بما حلف عليه المشتري ولا يملك ذلك ، فإن رضي المشتري بأخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه المشتري لان حق البائع من الفسخ قد زال فإن عاد المشتري فصدق البائع وقال التمن الفان وكنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بالتمن الذي حلف عليه ؟ فيه وجهان كما لو قامت به بينة

(فصل) ولو اشترى شقصاً له شفيعان قاعدى على أحد الشفيعين أنه عفا عن الشفعة وشهد له بذلك الشفيع الآخر قبل عفوهِ عن شفيعه لم تقبل شهادته لانه يحجر الى نفسه نفعا وهو توفر الشفعة عليه فإذا ردت شهادته ثم عفا عن الشفعة ثم أعاد تلك الشهادة لم تقبل لأنها ردت للتمه فلم تقبل بعد زوالها كشهادة الفاسق اذا ردت ثم تاب وأعادها لم تقبل ، ولو لم يشهد حتى عفا قبلت شهادته لعدم التهمة ويحلف المشتري مع شهادته ولو لم تكن بينة فالقول قول المنكر مع يمينه وان كانت الدعوى على

(فصل) وإذا حضر الثاني بعد أخذ الأول فأخذ نصف الشقص منه واقتسم ثم قدم الثالث فطالب بالشفعة وأخذ بها بطلت القسمة لأن هذا الثالث إذا أخذ بالشفعة كان كأنه مشارك في حال القسمة لثبوت حقه ، ولهذا لو باع المشتري ثم قدم الشفيع كان له إبطال البيع ، فإن قيل فكيف أصبح القسمة وشريكها الثالث غائب ؟ قلنا يحتمل أن يكون وكل في القسمة قبل البيع أو قبل علمه أو يكون الشريك كان رفعا ذلك إلى الحاكم وطالباه بالقسمة عن الغائب فقاسمها وبقي الغائب على شتمته ، فإن قيل فكيف أصبح مقاسمتها للشقص وحق الثالث ثابت فيه ؟ قلنا ثبوت حق الشفعة لا يمنع التصرف بدليل أنه أصبح بيعه وهبته وغيرها وبذلك الشفيع إبطاله كذا ههنا ، إذا ثبت هذا فإن الثالث إذا قدم فوجد أحد شريكيه غائبا أخذ من الحاضر ثلث مافي يده لأنه قدر ما يستحقه ثم ان قضى له القاضي على الغائب أخذ ثلث مافي يده أيضا ، وإن لم يقض له انتظر الغائب حتى يقدم لأنه موضع عذر

(فصل) إذا أخذ الأول الشقص كله بالشفعة فقدم الثاني فقال لا أخذ منك نصفه بل أقصر على قدر نصيبي وهو الثلث فله ذلك لأنه انتمصر على بعض حقه وليس فيه تبعض الصفقة على المشتري فجاز كترك الكل فإذا قدم الثالث فله أن يأخذ من الثاني ثلث مافي يده فيضيفه إلى ما في يده الأول ويقسمانه نصفين فتصبح قسمة الشقص من ثمانية عشر صهما لأن الثالث أخذ حقه من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة فضمه إلى الثلثين وهي ستة صارت سبعة ثم قسما السبعة نصفين لا تنقسم فاضرب اثنين

الشفيعين مما خلفا ثبتت الشفعة وإن حلف أحدها ونكل الآخر نظرنا في الحالف فإن صدق شريكه في الشفعة في أنه لم يعف لم يحتج إلى يمين وكانت الشفعة بينهما لأن الحق له فإن الشفعة تتوفر عليه إذا سقطت شفعة شريكه وإن ادعى أنه عفا فنكل قضي له بالشفعة كلها وسواء ورثا الشفعة أو كانا شريكين ، فإن شهد أجنبي بعفو أحد الشفيعين واحتج إلى يمين معه قبل عفو الآخر حلف وأخذ الكل بالشفعة وإن كان بعده حلف المشتري وسقطت الشفعة ، وإن كانوا ثلاثة شفعا فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو بعد عفوها قبلت وإن شهدا قبله ردت ، وإن شهدا بعد عفوا أحدها وقبل عفو الآخر ردت شهادة غير العافي وقبلت شهادة العافي وإن شهد البائع بعفو الشفيع عن شفيعته بعد قبض الثمن قبلت شهادته ، وإن كان قبله قبلت في أحد الوجهين لأنها سواء عنده (والثاني) لا تقبل لأنه يحتمل أن يكون قصد ذلك ليسهل استيفاء الثمن لأن المشتري يأخذ الشقص من الشفيع فيسهل عليه وقاؤه أو يتعذر على المشتري الوفاء لفلسه فيستحق استرجاع المبيع ، وإن شهد لمكاتبه بعفو شفيعته أو شهد بشراء شيء لمكاتبه فيه شفعة لم تقبل لأن المكاتب عبده فلا تقبل شهادته له ككذبه ولأن ما يحصل للمكاتب ينفع به السيد لأنه أن عجز صار له وإن لم يعجز سهل عليه وقاؤه وإن شهد على مكاتبه بشيء من ذلك قبلت شهادته لأنه غير منهم فأشبهه الشهادة على ولده

(منسلة) (وإن ادعى أنك اشتريته بألف قال بل أبيته أو ورثته فالقول قوله مع يمينه فإن نكل

في تسعة تكن ثمانية عشر لثاني أربعة أسهم ولكل واحد من شريكه سبعة ، وإنما كان كذلك لان الثاني ترك سدسا كان له أخذه وحقه منه ثلثاه وهو التسع فتوفر ذلك على شريكه في الشفعة فللأول والثالث أن يقولنا نحن سواء في الاستحقاق ولم يترك واحد منا شيئا من حقه فنجمع ما بينهما فنقسمه فيكون على ما ذكرنا ، وإن قال الثاني أنا أخذ الربع فله ذلك لما ذكرنا في التي قبلها فإذا قدم الثالث أخذ منه نصف سدس وهو ثلث ما في يده فضمه الى ثلاثة الأرباع وهي تسعة بصير الجميع عشرة فيقسمها الكل واحد منها خمسة ولثاني سهمان وتصح من اثني عشر

(فصل) إذا اشترى رجل من رجلين شقة فلا شفيع أخذ نصيب أحدهما دون الآخر ، وبهذا قال الشافعي ، وحكي عن القاضي أنه لا يملك ذلك وهو قول أبي حنيفة ومالك أثلا تتبعض صفقة المشتري . ولنا ان عقد الاثنين مع واحد عقدان لأنه مشتر من كل واحد منها ملكه بضمن مفرد فكان للشفيع أخذه كما لو أفرد به عقد وبهذا ينفصل عما ذكره ، وإن اشترى اثنان نصيب واحد فلا شفيع أخذ نصيب أحد المشتريين ، وبه قال مالك والشافعي وأبو حنيفة في إحدى الروايتين عنه ، وقال في الأخرى يجوز له ذلك بعد القبض ولا يجوز قبله لأنه قبل القبض تتبعض صفقة البائع ولنا انها مشتران فجاز للشفيع أخذ نصيب أحدهما كما بعد القبض ، وما ذكره لانسله على أن المشتري الآخر يأخذ نصيبه فلا يكون تبعيضا ، فإن باع اثنان من اثنين فهي أربعة عقود وللشفيع أخذ الكل أو ما شاء منها

أو قامت للشفيع بينة فله أخذه ويقال للمشتري اما أن تقبل الثمن أو تبرئ منه) وجملة ذلك أنه اذا ادعى الشفيع على بعض الشركاء أنك اشتريت لصيكت فلي أخذه بالشفعة فانه يحتاج إلى تحرير دعواه فيحدد المكان الذي فيه الشقص ويذكر قدر الشقص والثمن ويدعي الشفعة فيه فاذا ادعى سئل المدعى عليه فان أقر لزمه وإن أنكر وقال إنما أتيته أو ورثته فلا شفعة لك فيه فالقول قول من ينفيه كما لو ادعى عليه نصيبه من غير شفعة فان حلف برئ وإن نكل قضي عليه وإن قال لا يستحق علي شفعة فالقول قوله مع يمينه ويكون يمينه على حسب قوله في الإنكار وإذا نكل وقضي عليه بالشفعة عرض عليه الثمن فاذا أخذه دفع إليه ، وإن قال لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقر في يد الشفيع إلى أن يدعيه المشتري فيدفع اليه كما لو أقر له بدار فانكرها (والثاني) يأخذه الحاكم فيحفظه لصاحبه إلى أن يدعيه ، ومتى ادعاه المشتري دفع اليه (والثالث) يقال له اما أن تقبضه واما ان تبرئ منه كسيد المكاتب إذا جاءه المكاتب بمال الكتابة فادعى أنه حرام احتاره القاضي ، وهذا يفارق المكاتب لان سيده يطالبه بالوفاء من غير هذا الذي أتاه به فلا يلزمه ذلك بمجرد دعوى سيده تحريم ما أتاه به وهذا لا يطالب الشفيع بشيء فلا ينبغي ان يكلف الإبراء مما يدعيه والوجه الأول أولى ان شاء الله تعالى

(فصل) فإذا باع شفعاً لثلاثة دفعة واحدة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة وله أن يأخذ من أحدهم وله أن يأخذ من اثنين دون الثالث لأن عقد كل منهما منفرد فلا يتوقف الأخذ به على الأخذ بما في العقد الآخر كما لو كانت متفرقة ، فإذا أخذ نصيب واحد لم يكن للآخرين مشاركتة في الشفعة لأن ملكهما لم يسبق ملك من أخذ نصيبه ولا يستحق الشفعة إلا بملك سابق ، فأما إن باع نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود متفرقة ثم علم الشفيع فله أيضاً أن يأخذ الثلاثة وله أن يأخذ ما شاء منها ، وإن أخذ نصيب الأول لم يكن للآخرين مشاركتة في شفعته لأنهما لم يكن لهما ملك حين بيعه ، وإن أخذ نصيب الثاني وحده لم يملك الثالث مشاركتة لذلك ويشاركه الأول في شفعته لأن ملكه سابق لشراء الثاني فهو شريك حال شرائه . وبمقتضى أن لا يشاركه لأن ملكه حال شراء الثاني يستحق أخذه بالشفعة فلا يكون سبباً في استحقاقها . وإن أخذ من الثالث وعفا عن الأولين ففي مشاركتها له وجهان ، وإن أخذ من الثلاثة ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يشاركه أحد منهم لأن أملاكهم قد استحقها بالشفعة فلا يستحق عليه بها شفعة (والثاني) يشاركه الثاني في شفعة الثالث وهذا قول أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لأنه كان مالكا ملكاً صحيحاً حال شراء الثالث ولذلك استحق مشاركتة إذا عفا عن شفعته فكذلك إذا لم يعرف لأنه إنما استحق الشفعة بالملك الذي صار به شريكاً لا بالعفو عنه ، ولذلك قلنا في الشفيع إذا لم يعلم بالشفعة حتى باع نصيبه فله أخذ نصيب المشتري الأول وللمشتري الأول أخذ

(فصل) فإن قال اشتريته لفلان وكان حاضراً استدعاه الحاكم وسأله فإن صدقه كان الشراء له والشفعة عليه ، وإن قال هذا ملكي ولم اشتزه انتقلت الخصومة إليه وإن كذبه حكم بالشراء لمن اشتراه وأخذ منه بالشفعة وإن كان المقر له غائباً أخذه الحاكم ودفعه إلى الشفيع وكان الغائب على حجته إذا قدم لانتا لو وقفنا الأمر في الشفعة إلى حضور المقر له كان في ذلك إسقاط الشفعة لأن كل مشتر يدعي أنه لغائب ، وإن قال اشتريته لابني الطفل أو لهذا الطفل وله عليه ولاية لم تثبت الشفعة في أحد الوجهين لأن الملك ثبت للطفل ولا تجب الشفعة باقرار الولي عليه لأنه لإيجاب حق في مال صغير باقرار وليه (والثاني) ثبت لأنه يملك الشراء له فصيح اقراره فيه كما يصح اقراره بصيب في مبيع ، فأما إن ادعى عليه شفعة في شقص فقال هذا لفلان الغائب أو لفلان الطفل ثم أقر بشرائه له لم تثبت فيه الشفعة إلا أن تثبت ببينة أو يقدم الغائب ويبلغ الطفل فيطالبهما بها لأن الملك ثبت لهما باقراره به واقراره بالشراء بعد ذلك اقرار في ملك غيره فلا يقبل بخلاف ما إذا أقر بالشراء ابتداءً لأن الملك ثبت لهما بذلك الاقرار المثبت للشفعة فتبنا جميعاً وإن لم يذكر سبب الملك لم يسأله الحاكم عنه ولم يطالب ببينانه لأنه لو صرح بالشراء لم تثبت به شفعة فلا فائدة في الكشف عنه ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كذهبننا .

(فصل) وإذا كانت دار بين حاضر وغائب فادعى الحاضر على من في يده نصيب الغائب أنه اشتراه

نصيب المشتري الثاني ، وعلى هذا يشاركه الاول في شفعة الثاني والثالث جميعا ، فعلى هذا إذا كانت دار بين اثنين نصفين فباع أحدهما نصيبه لثلاثة في ثلاثة عقود في كل عقد سدس فلا شفع السدس الاول وثلاثة أرباع الثاني وثلاثة أخماس الثالث والمشتري الاول ربع السدس الثاني وخمس الثالث ، والمشتري الثاني خمس الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين سهما للشفيع الاول مائة ونبعة أسهم ولثاني تسعة ولثالث أربعة ، وإن قلنا ان الشفعة على عدد الرؤوس فلا لمشتري الاول نصف السدس الثاني وثالث الثالث ولثاني ثلث الثالث وهو نصف التسم فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون ولثاني خمسة ولثالث سهران

(فصل) دار بين أربعة أرباعا باع ثلاثة منهم في عقد متفرقة ولم يعلم شريكهم ولا بعضهم ببعض فالذي لم يبع الشفعة في الجميع ، وهل يستحق البائع الثاني والثالث الشفعة فيما باعه البائع الاول والثاني؟ على وجهين ، وكذلك هل يستحق الثالث الشفعة فيما باعه الاول والثاني؟ على وجهين ، وهل يستحق مشتري الربع الاول الشفعة فيما باعه الثاني والثالث؟ أو هل يستحق الثاني شفعة الثالث؟ على ثلاثة أوجه (أحدها) يستحقان لانهما مالكان حال البيع (والثاني) لاحق لهما لان ملكهما متززل يستحق أخذه بالشفعة فلا تثبت به (والثالث) ان عفا عنها أخذا وإلا فلا ، فإذا قلنا يشترك الجميع فالذي لم يبع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فكل له النصف وللبائيم والمشتري الاول الثلث لكل واحد منهما السدس لانه شريك في شفعة بيع واحد ونصف من اثني عشر

منه وأنه يستحقه بالشفعة فصدقه فلا شفع أخذه بالشفعة لان من في يده العين يصدق في تصرفه فيما في يده ، وبهذا قال أبو حنيفة وأصحابه ولأصحاب الشافعي في ذلك وجهان (أحدهما) ليس له أخذه لان هذا اقرار على غيره

ولنا أنه أقر بما في يده فقبل اقراره كما لو أقر بأصل ملكه ، وهكذا لو ادعى عليه انك بت نصيب الغائب بأذنه وأقر له الوكيل كان كاقرار البائع بالبيع فإذا قدم الغائب فانكر البيع أو الاذن في البيع فالقول قوله مع يمينه وينزع الشقص ويطالب بأجرته من شاء منها ويستقر الضمان على الشفع لان المنافع تلفت تحت يده ، فان طالب الوكيل رجع على الشفع وان طالب الشفع لم يرجع على أحد وان ادعى على الوكيل أنك اشتريت الشقص الذي في يدك فانكر وقال إنما أنا وكيل فيه أو مستودع له فالقول قوله مع يمينه وإن كان للمدعي بينة حكم بها وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي مع أن أبا حنيفة لا يرى القضاء على الغائب لان القضاء ههنا على الحاضر لوجوب الشفعة عليه واستحقاقه أنزع الشقص من يده فحصل القضاء على الغائب ضمناً ، فان لم تكن بينة وطلب الشفع بينة ونكل الوكيل عنها احتمل أن يقضى عليه لانه لو أقر لقضى عليه فكذلك إذا نكل واحتمل ان لا يقضى عليه لانه قضاء على الغائب

(فصل) وان باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم باعه بقيته في صفقة أخرى ثم علم الشفيع فله أخذ المبيع الاول والثاني وله أخذ أحدهما دون الثاني لان اكل عقد حكم نفسه فان أخذ الاول لم يشاركه في شفيعته أحد وان أخذ الثاني فهل يشاركه المشتري في شفيعته بنصيبه الاول؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) يشاركه فيها وهو مذهب أبي حنيفة وبعض أصحاب الشافعي لانه شريك وقت البيع الثاني بملكه الذي اشتراه أولا (والثاني) لا يشاركه لان ملكه على الاول لم يستقر لكون الشفيع بملك أخذه (والثالث) ان عفا الشفيع عن الاول شاركه في الثاني وان أخذ بهما جميعا لم يشاركه وهذا مذهب الشافعي لانه اذا عفا عنه استقر ملكه فشارك به بخلاف ما إذا أخذ فان قلنا يشارك في الشفعة في قدر ما يستحق وجهان (أحدهما) ثلثه (والثاني) نصفه بناء على الروايتين في قسمة الشفعة على قدر الاملاك أو عدد الرؤوس فاذا قلنا يشاركه فعنا له عن الاول صار له ثلث العقار في أحد الوجهين وفي الآخر ثلاثة أثمانه وباقيه لشريكه، وان لم يعف عن الاول فله نصف سدسه في أحد الوجهين وفي الآخر ثمنه والباقي لشريكه. وان باعه الشريك الشقص في ثلاث صفقات متساوية فحكمه حكم مالو بقاء ثلاثة أنفس على ما شرعناه ويستحق ما يستحقون وللشفيع هنا مثل ماله مع الثلاثة والله أعلم

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فوكل أحدهم شريكه في بيع نصيبه مع نصيبه فباعهما لرجل واحد فاشريكهما بالشفعة فيهما، وهل له أخذ أحد النصيبين دون الآخر؟ فيه وجهان (أحدهما) له ذلك

بغير بينة ولا اقرار من الشقص في يده

(فصل) وإذا ادعى على رجل شفعة في شقص اشتراه فقال ليس له ملك في شركتي فعلى الشفيع اقامة البينة بالشركة وبه قال أبو حنيفة ومحمد والشافعي، وقال أبو يوسف إذا كان في يده استحق الشفعة به لان الظاهر من اليد الملك

ولنا ان الملك لا يثبت بمجرد اليد وإذا لم يثبت الملك الذي يستحق به الشفعة لم تثبت وبمجرد الظاهر لا يكفي كما لو ادعى ولد أمة في يده فان ادعى أن المدعى عليه يعلم أنه شريك فعلى المشتري البين أنه لا يعلم ذلك لانها بين على نفي فعل الغير فمكانت على العلم كالبين على نفي دين الميت فاذا حلف سقطت دعواه وان نكل قضى عليه

(فصل) إذا ادعى على شريكه انك اشتريت نصيبك من عمرو فلي شفيعه فصدقه عمرو وأنكر الشريك وقال بل ورثته من أبي فأقام المدعي بينة أنه كان ملك عمر ولم تثبت الشفعة بذلك وقال محمد تثبت ويقال له اما أن تدفعه وتأخذ الثمن واما أن ترده الى البائع فيأخذ الشفيع لانهما شهدا بالملك لعمرو فكأنهما شهدا بالبيع

ولنا أنهما لم يشهدا بالبيع واقرار عمرو على المنكر بالبيع لا يقبل لانه اقرار على غيره فلا يقبل في حقه ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع فصار بمنزلة مالو

لان المالك اثنان فهما يبعان فكان له أخذ نصيب أحدهما كما لو تولى العقد (والثاني) ليس له ذلك لان الصفقة واحدة وفي أخذ أحدهما تبعض الصفقة على المشتري فلم يجوز كلوا كانا لرجل واحد ، وان وكل رجل رجلان في شراء نصف نصيب أحد الشركاء فاشترى الشقص كله لنفسه ولموكله فله شريكه أخذ نصيب أحدهما لانهما مشتريان فاشبه مالو وليا العقد ، والفرق بين هذه الصورة والتي قبلها ان أخذ أحد النصيبين لا يفضي الى تبعض صفقة المشتري ولانه قد يرضى شركة أحد المشتريين دون الآخر بخلاف التي قبلها فان المشتري واحد

(مسئلة) قال (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

يعني أن الشفيع اذا أخذ الشقص فظاهر مستحقا فرجوعه بالنم على المشتري ويرجع المشتري على البائع وان وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبهذا قال الشافعي، وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي عهدة الشفيع على البائع لان الحق ثبت له بايجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة ان أخذه من المشتري فالعهدة عليه وان أخذه من البائع فالعهدة عليه لان الشفيع اذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فينسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع آخذا من البائع مالمالك من جهته فكانت عهدة عليه

حلف اني ما اشتريت الدار فقال من كانت الدار ملكة أنا بعتة لإياها لم يقبل عليه في الحنث ولا يلزم إذا أقر البائع بالبيع والشقص في يده وأنكر المشتري الشراء لان الذي في يده الدار مقر بها للشفيع ولا منازع له فيها سواء وهما من الدار في يده يدعيها لنفسه والمقر بالبيع لاشي في يده ولا يقدر على تقسيم الشقص فافترقا

(مسئلة) (وإن كان عوضاً في الخلم والصدّاق والصلح عن دم العمد وقتلنا بوجوب الشفعة فيه فقال القاضي يأخذه بقيمته)

قال وهو قياس قول ابن حامد وهو قول مالك وابن شبرمة وابن أبي ليلى لانه ملك الشقص القابل للشفعة يبدل ليس له مثل فوجب الرجوع الى قيمته في الاخذ بالشفعة كما لو باعه بسبعة لا مثل لها ولاتا لو أوجبتا مهر المثل لافضى الى تقويم البضع على الاجانب واضر بالشفيع لان المهر يتفاوت مع المسمى لتساع الناس فيه في العادة بخلاف البيع وقال غير القاضي يأخذه بالدية ومهر المثل وحكام الشريف أبو جعفر عن ابن حامد وهو قول المكي والشافعي لانه ملك الشقص يبدل ليس له مثل فيجب الرجوع الى قيمة البدل إذا لم يكن نقداً ولا مثلياً وعوض الشقص هو البضع وقيمة البضع مهر المثل .

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كما لو أخذه منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ، ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استمعت به .

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري وإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فلا شفيع رده على المشتري أو أخذ أرضه منه وليس للمشتري شيء ، ويحتمل أن لا يملك الشفيع أخذ الأرض لأن الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فإذا أخذ الأرض فما أخذ بالثمن الذي استقر على المشتري ، وإن علم الشفيع دون المشتري فليس لواحد منهما رد ولا أرض لأن الشفيع أخذه علماً بعيبه فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري إذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الأرض لأنه استدرك غلامته ورجع إليه جميع ثمنه فأشبهه ما لو رده على البائع ، ويحتمل أن يملك أخذ الأرض لأنه عوض عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كما لو اشترى قميصين فتلّف أحدهما وأخذ الآخر ، فعلى هذا ما يأخذه من الأرض يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لأن الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد

(فصل) قال الشيخ رحمه الله تعالى (ولا شفعة في بيع الخيار قبل انقضائه نص عليه ويحتمل أن تجب) لاثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه سواء كان الخيار لهما أولاً أحدهما وحده أو لهما كان ، وقال أبو الخطاب يخرج أن تثبت الشفعة لأن الملك انتقل فتثبت الشفعة في مدة الخيار كما بعد انقضائه ، وقال أبو حنيفة إن كان الخيار للبائع أو لهما لم تثبت الشفعة حتى ينقضي لأن في الأخذ بها إسقاط حق البائع من الفسخ وإلزام البيع في حقه بغير رضاه ولأن الشفيع إنما يأخذ من المشتري ولم ينتقل الملك إليه وإن كان الخيار للمشتري فتد انتقل الملك إليه ولا حق لغيره فيه والشفيع يملك أخذه بعد لزوم البيع واستقرار الملك فلأن يملك ذلك قبل لزومه أولى وغاية ما يقدر ثبوت الخيار له وذلك لا يمنع الأخذ بالشفعة كما لو وجد به عيباً وللشافعي قولان كالْمُذْهِبَيْنِ

ولنا أنه مبيع فيه الخيار فلم تثبت الشفعة كما لو كان للبائع وذلك لأن الأخذ بالشفعة يلزم المشتري بالعقد بغير رضاه ويوجب العهدة عليه ويفوت حقه من الرجوع في عين الثمن فلم يجوز كما لو كان الخيار للبائع فاتماً لأنما منعنا من الشفعة لما فيه من إبطال خيار البائع وتقويت حق الرجوع في عين ماله وما في نظر الشرع على السواء ، وفارق الرد بالعيب فإنه إنما ثبت لاستدراك الظلامة وذلك يزول بأخذ الشفيع فإن باع الشفيع حصته في مدة الخيار طاماً ببيع الأول سقطت شفيعته وقد ذكرنا ذلك فيما مضى

فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفع منهُ ، وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي ببذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلم فلا شفيع رده على المشتري والمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفع فلا يرد المشتري لما ذكرنا أولا ، وان أخذ الشفع أرشه من المشتري فلم يشتري أخذه من البائع ، وان لم يأخذ منه شيئا فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري توفّر عليه كما لو زاده على الثمن باختياره ، فاما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح من المذهب أن لا يبرأ فيكون كأنه لم يبرأ إليه من شيء ، وفي رواية أخرى أنه يبرأ إلا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة فعلى هذه الرواية ان علم الشفع باشتراط البراءة فخكه حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشتر فان اشترط البراءة ، وان لم يعلم ذلك فخكه حكم ما لو علمه المشتري دون الشفع

(مسئلة) قال (والشفعة لا تورث الا أن يكون الميت طالب بها)

وجملة ذلك أن الشفع اذا مات قبل الاخذ بها لم يخل من حالين (أحدهما) أن يموت قبل الطلب بها فسقط ولا تنتقل إلى الورثة . قال أحمد الموت يبطل به ثلاثة أشياء : الشفعة ، والحد اذا مات المقذوف ، والخباء اذا مات الذي اشترط الخباء لم يكن للورثة ، هذه الثلاثة الاشياء انما هي بالطلب

(فصل) ويبيع المريض كبيع الصحيح في الصحة وثبوت الشفعة وسائر الاحكام إذا باع بضمن المثل سواء كان لوارث أو غير وارث وبهذا قال الشافعي وأبو يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا يصح بيع المريض مرض الموت لوارثه لانه محجور عليه في حقه فلم يصح بيعه كالصبي

ولنا أنه إنما حجر عليه في التبرع في حقه فلم يمنع الصحة فيما سواه كالأجنبي اذا لم يزد على التبرع بالثلث وذلك لان الحجر في شيء لا يمنع صحة غيره كما أن الحجر على المهرن في الرهن لا يمنع التصرف في غيره والحجر على المفلس في ماله لا يمنع التصرف في ذمته ، فاما بيعه بالحباة فلا يخلو اما أن يكون لوارث أو لغيره فان كان لوارث بطلت الحباة لانها في المرض بمنزلة حباة الوصية في الوصية لوارث لا تجوز ويبطل البيع في قدر الحباة من المبيع وهل يصح فيما عداه ؟ فيه ثلاثة أوجه (أحدها) لا يصح لان المشتري أبرأ الضامن في كل المبيع فلم يصح في بعضه كما لو قال بعتك هذا الثوب بعشرة فقال قبلت البيع في نصفه أو قال قبلته بخمسة أو قبلت نصفه بخمسة ولانه لا يمكن تصحيح البيع على الوجه الذي تواجبا عليه فلم يصح لتفريق الصفقة (الثاني) أن يبطل البيع في قدر الحباة ويصح فيما يقابل الثمن المسمى والمشتري الخيار بين الاخذ والفسخ لان الصفقة تفرقت عليه وللشفيع أخذما صح فيه البيع وإنما قلنا بالصحة لان البطلان إنما جاء من الحباة فاخص بما قابلها (الثالث) أنه يصح في الجميع وبف على إجازة الورثة لان الوصية للوارث صحيحة في أصح الروايتين وتقف على إجازة الورثة فكذلك

فاذا لم يطلب فليس يجب إلا أن يشهدني على حقي من كذا وكذا وأني قد طلبته فان مات بعده كان لوارثه الطلب به ، وروي سقوطه بالموت عن الحسن وابن سيرين والشعبي والنخعي وبه قال الثوري وإسحاق وأصحاب الرأي ، وقال مالك والشافعي والعنبري يورث قال أبو الخطاب ويتخرج لنا مثل ذلك لأنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فيورث كخيار الرد بالعيب

ولنا أنه حق فسخ ثبت لالفوات جزء فلم يورث كالرجوع في الهبة ولأنه نوع خيار جعل للمليك أشبه خيار القبول ، فأما خيار الرد بالعيب فإنه لا استدراك جزء فأت من المبيع (الحال الثاني) إذا طالب بالشفعة ثم مات فان حق الشفعة ينتقل الى الورثة قولاً واحداً ذكره أبو الخطاب ، وقد ذكرنا نص أحمد عليه لأن الحق يتقرر بالطلب ولذلك لا يسقط بتأخير الأخذ بعده وقبله يسقط ، وقال القاضي يصير الشقص ملكاً للشفيع بنفس المطالبة ، وقد ذكرنا أن الصحيح غير هذا فإنه لو صار ملكاً للشفيع لم يصح العفو عن الشفعة بعد طلبها كما لا يصح العفو عنها بعد الأخذ بها ، فإذا ثبت هذا فان الحق ينتقل الى جميع الورثة على حسب واريثهم لأنه حق مالي موروث فينتقل الى جميعهم كسائر الحقوق المالية ، وسواء قلنا الشفعة على قدر الاملاك أو على عدد الرءوس لأن هذا ينتقل اليهم من موروثهم ، فان ترك بعض الورثة حقه توفى الحق على سائر الورثة ولم يكن لهم أن يأخذوا إلا السكل أو يتركوا كالشفعاء اذ اعفوا بعضهم عن شفيعته لأننا لو جوزنا أخذ بعض الشقص المبيع تبعضت الصفقة على المشتري وهذا ضرر في حقه

الحاباة له فان أجازوا الحاباة صح البيع في الجميع ولا خيار للمشتري ويملك الشفيع الأخذ به لأنه يأخذ بالثمن ، وان ردوا بطل البيع في قدر الحاباة وصح فيما بقي ولا يملك الشفيع الأخذ قبل إجازة الورثة وردهم لأن حقهم متعلق بالمبيع فلم يملك لإبطاله وله أخذ ما صح البيع فيه فان اختار المشتري الرد في هذه الصورة وفي التي قبلها واختار الشفيع الأخذ بالشفعة قدم الشفيع لأنه لا ضرر على المشتري وجرى مجرى العيب إذا رضي الشفيع بعينه

(فصل) إذا كان المشتري أجنبياً والشفيع أجنبياً فان لم تزد الحاباة على الثلث صح البيع وللشفيع الأخذ بذلك الثمن لأن البيع حصل به فلا يمنع منها كون المبيع مسترخساً فان زادت على الثلث فالحكم فيه حكم أصل الحاباة في حق الوارث وان كان الشفيع وارثاً ففيه وجهان (أحدهما) له الأخذ بالشفعة لأن الحاباة وقمت لغيره فلم يمنع منها تمكن الوارث من أخذها كما لو وهب غريم وارثه مالا فأخذه الوارث (والثاني) يصح البيع ولا تجب الشفعة وهو قول أصحاب أبي حنيفة لأننا لو أثبتناها جعلنا للموروث سبيلاً إلى إثبات حق لوارثه في الحاباة ، ويفارق الهبة لغريم الوارث لأن استحقاق الوارث الأخذ به دينه لا من جهة الهبة وهذا استحقاقه بالمبيع الحاصل من موروثه فافتراقه . ولاصحاب الشافعي في هذا خمسة أوجه وجهان كهذين (والثالث) أن البيع باطل من أصله لافضائه الى إيصال الحاباة الى الوارث (المغني والشرح الكبير) ٦٨ (الجزء الخامس)

(فصل) وان أشهد الشفيع على مطالبة بها لا عذر ثم مات لم تبطل وكان للورثة المطالبة بها ، نص عليه أحمد لان الاشهاد على الطالب عند العجز عنه يقوم مقامه فلم تسقط الشفعة بالموت بعد كنفس الطلب

(فصل) وإذا بيع شقص له شفيعان فعفا أحدهما عنها وطالب الآخر بها ثم مات المطالب فورته العاني فله أخذ الشقص بها لانه وارث لشفيع مطالب بالشفعة فملك الاخذ بها كالأجنبي ، وكذلك لو قذف رجل أمهما وهي ميتة فعفا أحدهما فطالب الآخر ثم مات الطالب فورته العاني ثبت له استيفاءه بالنيابة عن أخيه الميت إذا قلنا بوجود الحد بقذفها

(فصل) ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لورثته الشفعة وهذا مذهب الشافعي ، وقال أبو حنيفة : لا شفعة لهم لان الحق انتقل إلى الغرماء

ولنا انه بيع في شركة ما خلفه موروثهم شقص فكان لهم المطالبة بشفعته كغير المفلس ، ولا نسلم ان التركة انتقلت الى الغرماء بل هي للورثة بدليل انها لو نمت أو زاد ثمنها لحسب على الغرماء في قضاء ديونهم ، وانما تعلق حقهم به فلم يمنع ذلك من الشفعة كما لو كان لرجل شقص مرهون فباع شريكه فانه يستحق الشفعة به ، ولو كان للميت دار فبيع بعضها في قضاء دينه لم يكن للورثة شفعة لان البيع يقع لهم فلا يستحقون الشفعة على أنفسهم ، ولو كان الوارث شريكا للموروث فبيع نصيب الموروث في

وهذا فاسد لان الشفعة فرع للبيع ولا يبطل الاصل فرعه وعلى الوجه الاول ما حصلت للوارث الحباة لانا حصلت لذيره ووصلت اليه بحجة الاخذ من المشتري فأشبهه به غريم الوارث (الوجه الرابع) أن للشفيع أن يأخذ بقدر ما عدا الحباة بجميع الثمن بمنزلة حبة المقابل للمحباة لان الحباة بالنصف مثلا حبة للنصف وهذا لا يصح لانه لو كان بمنزلة حبة النصف ما كان للشفيع الاجنبي أخذ الكل لان الموهوب لا شفعة فيه (الخامس) ان البيع يبطل في قدر الحباة وهو فاسد لانها حباة لأجنبي بما دون الثلث فلا يبطل كما لو لم يكن الشقص مشفوعا

(فصل) ويملك الشفيع الشقص بأخذه وبكل لفظ يدل على أخذه بأن يقول قد أخذه بالثمن أو تملكته بالثمن ونحو ذلك إذا كان الشقص والثن معلومين ولا يفتقر الى حكم حاكم وبهذا قال الشافعي ، وقال القاضي وأبو الخطاب يملكه بالمطالبة لان البيع السابق سبب فاذا انضمت اليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع اذا انضم اليه القبول ، وقال أبو حنيفة لا يحصل الا بحكم حاكم لانه نقل للملك عن مالك الى غيره قهراً فافتقر الى حكم حاكم كأخذ دينه

ولنا أنه حق ثبت بالنص والاجماع فلم يفتقر الى حكم حاكم كالرد بالعيب وبهذا يقتض ما ذكره ويأخذ الزوج نصف الصداق بالطلاق قبل الدخول ولانه مال يملكه قهراً فملكه بالاخذ كالتفاني والمباحات ، وملكه باللفظ الدال على الاخذ لانه بيع في الحقيقة لكن الشفيع يستقل به فاستقل باللفظ الدال عليه ، وقولهم يملك المطالبة بمجرد اياها لا يصح لانه لو ملكها لما سقطت الشفعة بالعفو بعد

دينه فلا شفعة أيضاً لأن نصيب الموروث انتقل بموته الى الوارث فاذا بيع فقد بيع ملكه فلا يستحق الشفعة على نفسه

(فصل) ولو اشترى شقصا مشفوعا ووصى به ثم مات فلا شفعي أخذه بالشفعة لأن حقه أسبق من حق الموصى له فاذا أخذه دفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لأن الموصى به ذهب فبطلت الوصية له كالموتلف ولا يستحق الموصى له بذلك لأنه لم يوص له الا بالشقص وقد فات بأخذه

ولو وصى رجل لانيسان بشقص ثم مات فبيع في تركته شقص قبل قبول الموصى له فالشفعة للورثة في الصحيح لأن الموصى به لا يصير الموصى إلا بعد القبول ولم يوجد فيكون باقيا على ملك الورثة ، ويحتمل أن يكون الموصى إذا قلنا ان الملك ينتقل اليه بمجرد الموت ، فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لأننا تبيننا أن الملك كان له فكان المبيع في شركته ، ولا يستحق المطالبة قبل القبول لأننا لا نعلم أن الملك له قبل القبول وإنما يتبين ذلك بقوله فان قبل تبيننا انه كان له وان رد تبيننا انه كان للورثة ، ولا تستحق الورثة المطالبة أيضا لذلك ، ويحتمل ان لهم المطالبة لأن الاصل عدم القبول وبقاء الحق لهم ، ويفارق الموصى له من وجهين (أحدهما) ان الاصل عدم القبول منه (والثاني) انه يمكنه أن يقبل ثم يطالب بخلاف الوارث فانه لا سبيل له الى فعل ما يعلم به ثبوت الملك له أو لغيره فاذا طالبوا ثم قبل الموصى الوصية كانت الشفعة له ويفتقر الى الطالب منه لأن الطالب الاول يتبين انه من غير المستحق ، وان قلنا

المطالبة ولو جب اذا كان له شفيهان فطالبا الشفعة ثم ترك أحدهما أن يكون للآخر أخذ قدر نصيبه ولا يملك أخذ نصيب صاحبه. اذا ثبت هذا فانه اذا قال قد أخذت الشقص بالثمن الذي تم عليه العقد وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الاخذ وملك الشقص ولا خيار له ولا للمشتري لأن الشقص يؤخذ قهراً والمقهور لا خيار له ولا أخذ قهراً لا خيار له أيضاً كاسترجاع المبيع لميب في ثمنه أو الثمن لميب في المبيع وان كان الثمن مجهولاً أو الشقص لم يملكه بذلك لأنه يبيع في الحقيقة فيعتبر العلم بالعوض كسائر البيوع وله المطالبة بالشفعة ثم يعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الاخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب

(مسألة) (وان أقر البائع بالمبيع وأنكر المشتري فهل تجب الشفعة ؟ على وجهين (أحدهما) تجب الشفعة وهو قول أبي حنيفة والمزني (والثاني) لا تجب ونصره الشريف ابو جعفر في مسائله وهو قول مالك وابن شريح لأن الشفعة فرع للمبيع ولم يثبت فلا يثبت فرعه ولأن الشفعي إنما يأخذ الشقص من المشتري واذا أنكر البيع لم يمكن الاخذ منه ، ووجه الاول أن البائع أقر بحقين حق للشفيع وحق للمشتري فاذا سقط حق المشتري بانكاره ثبت حق الشفعي كما لو أقر بدار لرجلين فأنكر أحدهما ولأنه أقر للشفيع أنه مستحق لاخذ هذه الدار والشفيع يدعي ذلك فوجب قبوله كما لو أقر أنها ملكه ، فعلى هذا يقبض الشفعي من البائع ويسلم اليه الثمن ويكون ذلك الشفعي على البائع لأن القبض منه ولم يثبت

بالرواية الأولى فطالب الورثة بالشفعة فلم يأخذ بها ، وإذا قبل الوصي أخذ الشقص الموصى به دون الشقص المشفوع لأن الشقص الموصى به إنما انتقل إليه بعد الأخذ بشفعته فأشبه ما لو أخذ بها الموصى في حياته ، وإن لم يطالبوا بالشفعة حتى قبل الموصى به فلا شفعة للموصى له لأن البيع وقع قبل ثبوت الملك به وحصول شركته ، وفي ثبوتها لا ورثة ولا ورثة وجهان بناء على ما لو باع الشفيع نصيبه قبل علمه ببيع شريكه (فصل) ولو اشترى رجل شقصاً ثم ارتد فقتل أو مات فلا شفيع أخذه بالشفعة لأنها وجبت بالشراء وانتقاله إلى المسلمين بقتله أو موته لا يمنع الشفعة كالمات على الإسلام فورثه ورثته أو صار ماله لبيت المال لعدم ورثته والمطالب بالشفعة وكل بيت المال

(فصل) وإذا اشترى المرتد شقصاً فتصرفه موقوف ، فإن قتل على رده أو مات عليها تبيننا أن شراءه باطل ولا شفعة فيه ، وإن أسلم تبيننا صحته وثبوت الشفعة فيه ، وقال أبو بكر نصره غير صحيح في الحالين لأن ملكه يزول برده فإذا أسلم عاد إليه تملكاً مستأنفاً وقال الشافعي وأبو يوسف تصرفه صحيح في الحالين ونجى الشفعة فيه ، ومبني الشفعة هنا على صحة تصرف المرتد ويذكر في غير هذا الموضع ، وإن بيع شقص في شركة المرتد وكان المشتري كافراً فأخذ بالشفعة أنبنى على ذلك أيضاً لأن أخذه بالشفعة شراء للشقص من المشتري فأشبهه شراءه لغيره ، وإن ارتد الشفيع المسلم وقتل بالزدة أو مات عليها انتقل ماله إلى المسلمين ، فإن كان

الشراء في حق المشتري وليس للشفيع ولا للبائع محاكمة المشتري ليثبت البيع في حقه وتكون المدة عليه لأن مقصود البائع الثمن وقد حصل من الشفيع ومقصود الشفيع أخذ الشقص وضمان المدة وقد حصل من البائع فلا فائدة في المحاكمة ، فإن قيل أليس لو ادعى على رجل ديناً فقال آخر أنا أدفع إليك الدين الذي تدعيه ولا تخصمه لا يلزمه قبوله فهنا كذلك ؟ قلنا في الدين عليه منة في قبوله من غير غريمه وهنا بخلافه ، ولأن البائع يدعي أن الثمن الذي يدفعه الشفيع حق للمشتري عوضاً عن هذا البيع فصار كالتائب عن المشتري في دفع الثمن ، والبائع كالتائب عنه في دفع الشقص بخلاف الدين فإن كان البائع مقراً بقبض الثمن من المشتري بقي الثمن الذي على الشفيع لا يدعيه أحد لأن البائع يقول هو للمشتري والمشتري يقول لا أستحقه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) أن يقال للمشتري أما أن تقبضه وإما أن تبرئ منه (والثاني) يأخذه الحاكم عنده (والثالث) يبقى في ذمة الشفيع وفي جميع ذلك متى ادعاه البائع أو المشتري دفع إليه لأنه لأحدهما ، وإن تداعيا جميعاً فأقر المشتري بالبائع وأنكر البائع أنه ما قبض منه شيئاً فهو للمشتري لأن البائع قد أقر له به ولأن البائع إذا أنكر القبض لم يكن مدعياً لهذا الثمن لأن البائع لا يستحق على الشفيع ثمناً ما يستحقه على المشتري وقد أقر بالقبض منه وأما المشتري فإنه يدعيه وقد أقر له باستحقاقه فوجب دفعه إليه

(مسئلة) (وعهدة الشفيع على المشتري وعهدة المشتري على البائع)

طالب بالشفعة انتقلت أيضا إلى المسلمين ينظر فيها الامام أو نائبه. وإن قتل أو مات قبل طلبها بطلت شفيعته كما لو مات على إسلامه ، ولو مات الشفيع المسلم ولم يخلف وارثا سوى بيت المال انتقل نصيبه إلى المسلمين إن مات بعد الطلب وإلا فلا

(مسئلة) قال (وإن اذن الشريك في البيع ثم طالب بالشفعة بعد وقوع البيع فله ذلك)

وجملة ذلك أن الشفيع إذا عفا عن الشفعة قبل البيع فقال قد أذنت في البيع أو أسقطت شفيعتي أو ما أشبه ذلك لم تسقط وله المطالبة بها متى وجد البيع ، هذا ظاهر المذهب وهو مذهب مالك والشافعي والنبتي وأصحاب الرأي ، وروي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بذلك فإن اسماعيل ابن سعيد قال قلت لأحمد ما معنى قول النبي ﷺ « من كان بينه وبين أخيه ربيعة فأراد بيعها فليعرضها عليه » وقد جاء في بعض الحديث « ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه » إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وأن لا تكون له الشفعة . وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث

قال ابن المنذر : وقد اختلف فيه عن أحمد فقال مرة تبطل شفيعته وقال مرة لا تبطل ، واحتجوا بقول النبي ﷺ « من كان له شركة في أرض ربيعة أو حائط فلا يحل له أن يبيع حتى يستأذن

إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ويرجع المشتري على البائع وإن وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ ارشه منه والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الارش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع وبه قال الشافعي ، وقال ابن أبي ليلى والبقى عهدة الشفيع على البائع لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري ، وقال أبو حنيفة إن أخذه من المشتري فالعهدة عايه وإن أخذه من البائع فالعهدة عليه لأن الشفيع إذا أخذه من البائع تعذر قبض المشتري فيفسخ البيع بين البائع والمشتري فكان الشفيع أخذه من البائع مالكا من جهته فكانت عهده عليه

ولنا أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه كالأخذ منه ببيع ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فلك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول ، وقياسه على المشتري في جعل عهده على البائع لا يصح لأن المشتري ملكه من البائع بخلاف الشفيع ، وأما إذا أخذه من البائع فالبائع نائب عن المشتري في التسليم المستحق عليه ولو انفسخ العقد بين المشتري والبائع بطلت الشفعة لأنها استحققت به

(فصل) وحكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من المشتري فإن علم المشتري بالعيب ولم يعلم الشفيع فللشفيع رده على المشتري أو أخذ ارشه منه وليس للمشتري شيء ويحتمل أن لا يملك الشفيع

شريكة فان شاء أخذ وان شاء ترك ، ومحال أن يقول النبي ﷺ « ومن شاء ترك » فلا يكون لتركه معنى ، ومفهوم قوله فان باع ولم يؤذنه فهو أحق به أنه إذا باعه باذنه لاحق له ، ولأن الشفعة ثبتت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه وتركه الاحسان اليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم هنا فانه قد عرضه عليه وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وان كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع

ووجه الاول انه إسقاط حق قبل وجوبه فلم يصح كما لو أترأه مما يجب له أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج ، وأما الخبر فيحتمل أنه أراد العرض عليه لابتاع ذلك ان أراد فتخف عليه المؤنة ويكتفي أخذ المشتري الشقص لإسقاط حقه من شفعية

(فصل) اذا توكل الشفيع في البيع لم تسقط شفيعته بذلك سواء كان وكيل البائع أو المشتري ذكره الشريف وأبو الخطاب وهو ظاهر مذهب الشافعي ، وقال القاضي وبعض الشافعية ان كان وكيل البائع فلا شفعة له لانه تلحقه التهمة في البيع لكونه يقصد تقليل الثمن ليأخذ به بخلاف وكيل المشتري ، وقال أصحاب الرأي لا شفعة لو كمل المشتري بناء على أصلهم أن الملك ينتقل الى الوكيل فلا يستحق على نفسه ولنا انه وكيل فلا تسقط شفيعته كالاخر ولا نسلم أن الملك ينتقل الى الوكيل انما ينتقل الى الموكل ثم لو انتقل الى

أخذ الارش لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد فاذا أخذ الارش فما أخذه بالثمن الذي استقر على المشتري وان علم الشفيع وحده فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان الشفيع أخذه عالماً ببيعته فلم يثبت له رد ولا أرض كالمشتري اذا علم العيب والمشتري قد استغنى عن الرد لزوال ملكه عن المبيع وحصول الثمن له من الشفيع ولم يملك الارش لانه استدرك ظلامته ورجع اليه جميع الثمن فأشبهه ما ورد على البائع ويحتمل أن يملك أخذ الارش لانه بدل عن الجزء الفائت من المبيع فلم يسقط بزوال ملكه عن المبيع كمالوا اشتري قفيزين فتلف أحدهما وأخذ الآخر . فعلى هذا ما يأخذه من الارش يسقط عن الشفيع من الثمن بقدره لان الشقص يجب عليه بالثمن الذي استقر عليه العقد فأشبهه ما لو أخذ الارش قبل أخذ الشفيع منه وان علما جميعا فليس لواحد منهما رد ولا أرض لان كل واحد منهما دخل على بصيرة ورضي يذل الثمن فيه بهذه الصفة ، وان لم يعلمها فللشفيع رده على المشتري وللمشتري رده على البائع فان لم يرد الشفيع فلا رد للمشتري لما ذكرنا اولاً ، وان أخذ الشفيع أرضه من المشتري فللمشتري أخذه من البائع وان لم يأخذ منه شيئاً فلا شيء للمشتري ، ويحتمل أن يملك أخذه على الوجه الذي ذكرناه فاذا أخذه فان كان الشفيع لم يسقطه عن المشتري سقط عنه من الثمن بقدره لانه الثمن الذي استقر عليه البيع وسكوته لا يسقط حقه ، وان أسقطه عن المشتري وفر عليه كمالوا زاده على الثمن باختياره ، فأما ان اشتراه بالبراءة من كل عيب فالصحيح في المذهب أنه لا يبرأ وحكمه حكم ما لو لم يشترط وفيه رواية

الوكيل لما ثبتت في ملكه انما ينتقل في الحال الى الموكل فلا يكون الاخذ من نفسه ولا الاستحقاق عليها، وأما التهمة فلا تؤثر لان الموكل وكله مع علمه بثبوت شفيعته راضيا بتصرفه مع ذلك فلا يؤثر كما لو أذن لوكيل في الشراء من نفسه. فعلى هذا لو قال لشريكه بع نصف نصيبي مع نصف نصيبك ففعل ثبتت الشفعة لكل واحد منهما في المبيع من نصيب صاحبه وعند القاضي ثبتت في نصيب الوكيل دون نصيب الموكل

(فصل) وان ضمن الشفيع العهد للمشتري أو شرط له الخيار فاختار امضاء العقد لم تسقط شفيعته وبهذا قال الشافعي، وقال أصحاب الرأي تسقط لان العقد تم به فاشبه البائع اذا باع بعض نصيب نفسه . ولنا أن هذا سبب سبق وجوب الشفعة فلم تسقط به الشفعة كالأذن في البيع والعفو عن الشفعة قبل تمام البيع، وما ذكره لا يصح فان البيع لا يقف على الضمان ويبطل بما اذا كان المشتري شريكا فان البيع قد تم به وثبتت له الشفعة بقدر نصيبه

(فصل) واذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكه بألف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لان أحد الشريكين رب المال والاخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة، وان باع الثالث باقي نصيبه لاجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهم أخماسا لرب المال خمساها وللعامل خمساها وللمال المضاربة خمساها بالسدس الذي له فيجعل مال

أخرى أنه يبرأ الا أن يكون البائع علم بالعيب فدلسه واشترط البراءة، فعلى هذه الرواية ان علم الشفيع باشرط البراءة فخسره حكم المشتري لانه دخل على شرائه فصار كمشترين اشترط البراءة وان لم يعلم ذلك فخسره حكم ماله علمه المشتري دون الشفيع

(مسألة) (وان أبى المشتري قبض المبيع أجبره الحاكم عليه ثم يأخذه الشفيع منه قاله القاضي قال وليس له أخذه من البائع وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لان الشفيع يشتري الشقص من المشتري فلا يأخذه من غيره، وبنوا ذلك على أن البيع لا يتم الا بالقبض فاذا فات القبض بطل العقد وسقطت الشفعة وقال أبو الخطاب قياس المذهب أن يأخذه الشفيع من يد البائع ويكون كاخذه من المشتري وهو قول أبي حنيفة لان العقد يلزم في بيع العقار قبل قبضه ويدخل المبيع في ملك المشتري وضمانه ويجوز له التصرف فيه بنفس العقد فصار كالمقبضه المشتري والله أعلم

(مسألة) (ولو ورث اثنان شقفا عن أبيهما فباع أحدهما نصيبه فالشفعة بين أخيه وشريك أبيه) وبه قال أبو حنيفة والشافعي في الجديد وقال في القديم الاخ أحق بالشفعة وبه قال مالك لان أخاه أخص بشركته من شريك أبيه لا شراكهما في سبب الملك

ولنا أنهما شريكان حال ثبوت الشفعة فكانت بينهما كالمالكين كلهم بسبب واحد لان الشفعة تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل على شركائه بسبب شركته وهو موجود في حق الكل وما ذكره لأصل

المضاربة كشريك آخر لان حكمه متميز عن مال كل واحد منهما

(فصل) فان كانت الدار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فان الشفعة بين الشريكين نصفين سواء اشتراها الأجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وان ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفعته، وان أخذ نصف المبيع لذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفعته فله أخذ نصيبه من الشفعة لان اقتصره على أخذ النصف بني على خبر المشتري فلم يؤثر في اسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه وان امتنع من أخذ الباقي سقطت شفعته كلها لانه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لان المشتري أقربا ضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن اقراره، وان انكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفعته وأصر المشتري على الاقرار لشريك به فلاشفيع أخذ الكل لانه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لاقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) وان قال أحد الشفعين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للمعترف بالصحة وكذلك ان قال ما اشتريته إنما انتهت وصدة الآخر انه اشتراه فالشفعة للمصدق

له ولم يثبت اعتبار النزع له في موضع والاعتبار بالشركة لاسببها، وهكذا لو اشترى رجل نصف دار ثم اشترى اثنان نصفها الآخر أو وراثه أو انهباه أو وصل اليهما بسبب من أسباب الملك فباع أحدهما نصيبه، أو وورث ثلاثة دارا فباع أحدهم نصيبه من اثنين ثم باع أحد الشريكين نصيبه فالشفعة بين جميع الشركاء وكذلك لو مات رجل وخلف ابنين وأختين فباعت إحدى البنين نصيبها أو إحدى الأختين فالشفعة بين جميع الشركاء، ولو مات رجل وترك ثلاث بنين وأرضاً فأت أحدهم عن ابنين فباع أحد العيين نصيبه فالشفعة بين أخيه وأبي أخيه، ولو خلف ابنين أو وصى بثلثه لاثنتين فباع أحد الشريكين الوصين أو أحد الابنين فالشفعة بين شركائه كلهم ولخالفنا في هذه المسائل اختلاف يطول ذكره

﴿مسألة﴾ (ولاشفعة لكافر على مسلم)

روي ذلك عن الحسن والشعي وقال الثوري ومالك والشافعي وأصحاب الرأي وجماعة من أهل العلم تجب له الشفعة لعموم قوله عليه السلام « لا يخل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به » ولانه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد باليب ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل باسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال « لاشفعة لنصراني » وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولانه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان يحققه أن الشفعة إنما تثبت للمسلم دفعاً للضرر عن ملكه وقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري ولا يلزم من تقديم دفع ضرر

بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا بيع صحيح ولو أحتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفيعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لا عتراض صاحبه بسقوطها ولو توكل أحد الشفيعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل البيع وقال لا شفعة لي لذلك توفرت على الآخر، وإن اعتقد أن لا شفعة وطالب بها فارتفع إلى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لأنها سقطت بحكم الحاكم فاشبه ما لو سقطت باسقاط المستحق

(فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث داره فأنكر ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لأن المدعي يزعم أنه محق في دعواه وإن ما أخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لأنه يزعم أنه على ملكه لم يزل وإنما دفع ثلث داره إلى المدعي اكتفاء لشراء ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم يلزمه فيه شفعة وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي أخذه لأنه يزعم أنه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له وقال أصحاب الشافعي يجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لأنها معاوضة من الجانبين بشقصين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

ولنا أن المدعي يزعم أن ما أخذه كان ملكاً له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وإنما استغنى به بصلحه فلم يجب فيه شفعة كما لو أقر له به

المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى ولأن ثبوت الشفعة في محل الإجماع على خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم وليس الذي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وتثبت الشفعة للمسلم على الذي لمعموم الأدلة ولأنها إذا ثبتت للمسلم على المسلم مع عظم حرمة فلان تثبت على الذي مع دناؤه أولى

(فصل) وتثبت للذي على الذي لمعموم الأخبار ولا يها تساوي في الدين فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلمين ولا نعلم في هذا خلافاً فإن تبايعوا بخرم أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه، وإن جرى التقابض بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة وبه قال الشافعي وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخرم وقلنا هي مال لهم حكمتنا لهم بالشفعة وقال أبو حنيفة تثبت الشفعة إذا كان الثمن خيراً لأنها مال لهم فاشبه ما لو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر ولأننا نه عقد بخرم فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ولا نه عقد بشئ محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كالحرم الخنزير واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لانتفاء التعرض لما فعلوه مما يعتقده في دينهم ما لم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقابض لفسخناه. فاما أهل البدع فتثبت الشفعة لمن حكمتنا باسلامه منهم كالفاسق بالأفعال لمعموم الأدلة التي ذكرناها، وروى حرب عن أحمد أنه سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وذكروا

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة أثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لأجنبي ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعقدين وله الأخذ بأحدهما لأنه شريك فيهما فإن أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع مافي يده مشتريه لأنه لا شريك له في شفيعته ، وإن أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفيعته وبأخذ نصبه من المشتري الاول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع مافي يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف مافي يده والشفيع يستحق ربع مافي يده وهو السدس فصار منقسمًا في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الاول، ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع مافي يده الثاني وربع مافي يده الاول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الاول نصف الثمن الاول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يده الثاني وهو ربع مافي يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الاول فالحكم على ما ذكرنا

له عن ابن ادریس انه قال ليس للرافضة شفعة فضحك ، وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام فظاهر هذا انه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم فأما الغلاة كما يعتقد ان جبريل غلط في الرسالة فجاء الى النبي ﷺ وإنما أرسل الى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة الى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لان الشفعة اذا لم تثبت للذي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبتت الشفعة للبدوي على القروي وللقروي على البدوي في قول أكثر أهل العلم ، وقال الشعبي والبي لا شفعة لمن لم يسكن مصر وعموم الأدلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة يدل على ثبوتها لهم

(فصل) قال احمد في رواية حنبل لا ترى في أرض السواد شفعة لان عمر رضي الله عنه وقفها على المسلمين فلا يجوز بيعها والشفعة إنما تكون في البيع وكذلك الحكم في سائر الارض التي وقفها عمر وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام ومصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الناعمين الا ان يحكم بينهما حاكم أو يفعله الامام أو نائبه فان فعل ذلك ثبتت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء فقد حكمه

(مسئلة) (وهل تجب الشفعة للمضارب على رب المال ولرب المال على المضارب فيما يشتره من

مال المضاربة؟ على وجهين)

لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكيه ربه ثم باع ربعاً مما في يده لأجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبيع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه ، وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلاثة نصف سدس يأخذ ثلثه من المشتري الأول وثلاثة من الثاني، ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منهما تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتها بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثاً لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فترد الثلاثة إلى الشريك وبصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعة وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أنساع ويدفع الشريك الثمن إلى المشتري الأول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعه وإن أخذ بالعقدين أخذ من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الأول نصف التسع وهو سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهماً وهي خمسة أنساع ويبقى في يد الأول ستة عشر سهماً وهي أربعة أنساع ويدفع إليه ثلث الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثمانية أنساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول بتسع الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة لأزيد نصفها ولعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد

إذا بيع شقص في شركة مال المضاربة فللعامل الأخذ بها إذا كان الحظ فيها، فإن تركها فرب المال الأخذ لأن مال المضاربة ملكه ولا ينفذ عفو العامل لأن الملك لغيره فلم ينفذ عفو كالمأذون له ، فإن اشترى المضارب بمال المضاربة شقصاً في شركة رب المال فهل لرب المال فيه شفعة ؟ على وجهين مبينين على شراء رب المال من مال المضاربة وقد ذكرناهما ، وإن كان المضارب شفيعه ولا ربح في المال فله الأخذ بها لأن الملك لغيره ، وإن كان فيه ربح وقلنا لا يملك بالظهور فكذلك ، وإن قلنا يملك بالظهور ففيه وجهان كرب المال ومذهب الشافعي في هذا كله على ما ذكرنا ، فإن باع المضارب شقصاً في شركته لم يكن له أخذه بالشفعة لانه منهم فاشبهه شراء من نفسه

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة فقارض واحد منهم أحد شريكيه بالف فاشترى به نصف نصيب الثالث لم تثبت فيه شفعة في أحد الوجهين لأن أحد الشريكين رب المال والآخر العامل فهما كالشريكين في المتاع فلا يستحق أحدهما على الآخر شفعة ، وإن باع الثالث باقي نصيبه لأجنبي كانت الشفعة مستحقة بينهما أخساً لرب المال خمساً وللعامل مثله ولرب المضاربة خمسها بالسدس الذي له فيجعل مال المضاربة كشريك آخر لأن حكمه متميز عن مال كل واحد منها

(فصل) فإن كانت الدار بين ثلاثة أثلاثاً فاشترى أجنبي نصيب أحدهم فطالبه أحد الشريكين بالشفعة فقال إنما اشتريته لشريكك لم تؤثر هذه الدعوى في قدر ما يستحق من الشفعة فإن الشفعة بين

ثلث الدار ثم باع عمراً سدسها ولم يعلم عمرو بشراء الثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وذلك تسعاً الدار فيأخذ من بكر ثاني ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الأول ويبقى من مبيعته خمسة أنساعه يزيد ثلث شفته فيقسم بينهما أثلاثاً وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهماً الثلث المبيع أربعة وخمسون سهماً وعمرو وثلثاها بشفعة ستة وثلاثون سهماً يأخذ ثلثيها من بكر وهي أربعة وعشرون سهماً وثلثها في يده اثنا عشر سهماً والسدس الذي اشتراه سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثني عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلثاها عشرة ويأخذ منها زيد خمسة فحصل زيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً وعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعها ونصف تسع تسعها ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي الثمن في البيع الأول وعليه وعلى زيد خمسة أنساع الثمن الباقي بينهما أثلاثاً، وإن عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشتراه بينهما وبين زيد أثلاثاً ويحصل عمرو أربعة أنساع الدار يزيد تسعهاها ولبكر ثلثها وتصح من تسعة وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيع إياه وعمرو الآن للعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها، وإن باع بكر الثالث لاجنبي فالعمرو ثلثا شفعة المبيع الأول وهو التسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث نسمة يبقى في يد

الشريكين نصفين سواء اشتراها الاجنبي لنفسه أو للشريك الآخر، وإن ترك المطالب بالشفعة حقه منها بناء على هذا القول ثم تبين كذبه لم تسقط شفته، وإن أخذ نصف المبيع كذلك ثم تبين كذب المشتري وعفا الشريك عن شفته فله أخذ نصيبه من الشفعة لأن اقتصاره على أخذ النصف انبني على خبر المشتري فلم يؤثر في إسقاط الشفعة واستحق أخذ الباقي لعفو شريكه عنه، وإن امتنع من أخذ الباقي سقطت شفته كلها لأنه لا يملك تبعض صفقة المشتري، ويحتمل أن لا يسقط حقه من النصف الذي أخذه ولا يبطل أخذه له لأن المشتري أقر بما تضمن استحقاقه لذلك فلا يبطل برجوعه عن إقراره، وإن أنكر الشريك كون الشراء له وعفا عن شفته وأصر المشتري على الإقرار للشريك به فللمشتري أخذ الكل لأنه لا منازع له في استحقاقه وله الاقتصار على النصف لإقرار المشتري له باستحقاق ذلك

(فصل) فإن قال أحد الشريكين للمشتري شراؤك باطل وقال الآخر هو صحيح فالشفعة كلها للاعتراف بالصحة، وكذلك إن قال ما اشتريته إنما أهبطه وصدقه الآخر إن اشتراه فالشفعة للمصدق بالشراء لأن شريكه مسقط لحقه باعترافه أنه لا يبيع أو لا يبيع صحيح، ولو احتال المشتري على إسقاط الشفعة بحيلة لا نسقطها فقال أحد الشفعين قد سقطت الشفعة توفرت على الآخر لاعتراف صاحبه بسقوطها، ولو توكل أحد الشفعين في البيع أو الشراء أو ضمن عهدة المبيع أو عفا عن الشفعة قبل

الثاني سدس وسدس تسم وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد اثلاثا ونصف أيضا من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو الى بكر ثلثي ثمن مبيعه ، ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أسباع مبيعه بينهما اثلاثا ويرجع المشتري الثاني على بكر بثلثي أربعة أنساع مبيعه ، وان لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدسا لم تبطل شفעתه في أحد الوجوه وله أن يأخذ بها كالمو لم يبع شيئا (الثاني) تبطل شفעתه كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع ، وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعا للمشتري نصفها ولكل واحد منهما ربعها على أملاكهم حين بيعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهما لزيد تسعة ولبكر خمسة لان لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساع بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساع السدس ملكه مستقر عليها فأضفناه الى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكر أيا بالسهم المستحقة بالشفعة شيئا لان الملك عليها غير مستقر (والثالث) ان غفلهم عن الشفعة استحقوا بها وان أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئا وان غفل عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه بسهامه دون غير المعفو عنه ، وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو وفوقه بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط اطال ، وخرج الى الاملا ،

اليوم وقال لأشفعة لي لذلك توفرت على الآخر ، وان اعتقد ان اه شفعة وطالب بها فارتفع الى حاكم فحكم بأنه لا شفعة له توفرت على الآخر لانها سقطت بحكم الحاكم فأشبهه ما لو سقطت باسقاط المستحق (فصل) إذا ادعى رجل على آخر ثلث دار فانكره ثم صالحه عن دعواه بثلث دار أخرى صح ووجبت الشفعة في الثلث المصالح به لان المدعي يزعم أنه محق في دعواه وان مأخذه عوض عن الثلث الذي ادعاه فلزمه حكم دعواه ووجبت الشفعة ، ولا شفعة على المنكر في الثلث المصالح عنه لانه يزعم انه على ملكه لم يزل وانما دفع ثلث داره الى المدعي اكتفاء لشره ودفعاً لضرر الخصومة واليمين عن نفسه فلم تلزمه فيه شفعة ، وإن قال المنكر للمدعي خذ الثلث الذي تدعيه بثلث دارك ففعل فلا شفعة على المدعي فيما أخذه وعلى المنكر الشفعة في الثلث الذي يأخذه لانه يزعم انه أخذه عوضاً عن ملكه الثابت له ، وقال أصحاب الشافعي تجب الشفعة في الثلث الذي أخذه المدعي أيضاً لانها معاوضة من الجانبين بشقطين فوجبت الشفعة فيهما كما لو كانت بين مقرين

وانما ان المدعي يزعم ان ما أخذه كان ملكا له قبل الصلح ولم يتجدد له عليه ملك وانما استتقده بصلحه فلم تجب فيه شفعة كما لو أقر له به

(فصل) اذا كانت دار بين ثلاثة اثلاثا فاشترى أحدهم نصيب أحد شريكه ثم باعه لاجني ثم علم شريكه فله أن يأخذ بالعدين وله الاخذ بأحدهما لانه شريك فيها فان أخذ بالعقد الثاني أخذ جميع ما في يد مشتريه لانه لا شريك له في شفעתه وان أخذ بالعقد الاول ولم يأخذ بالثاني أخذ نصف المبيع

(فصل) وإذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه ، فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم اثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك ، وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بمجاءه ، وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من المالك مثل ما للمطالب بشفعة مبيعه بينه وبين شفيعه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قام له الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان ، والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر ، وإن عفا أحد المشتريين ولم يعف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم اثلاثاً فيحصل للذي لم يعفو عنه ربع وثلاث ثمن وذلك سدس وثمن والباقي بين الآخرين نصفين وتصح من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعفو عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ، ويصح أيضاً من ثمانية وأربعين ، وإن عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلقير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منهما سدس ثمن وتصح من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرنا

وهو السدس لأن المشتري شريكه في شفيعته ، ويأخذ نصفه من المشتري الأول ونصفه من المشتري الثاني لأن شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما نصفين لكل واحد منهما السدس فإذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منقسماً في يديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويدفع ثمنه إلى الأول ، ويرجع المشتري الثاني على الأول ربع الثمن الذي اشترى به وتكون المسئلة من اثني عشر ثم ترجع إلى أربعة للشفيع نصف الدار ولكل واحد من الآخرين الربع ، وإن أخذ بالعقدين أخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الأول فصار له ثلاثة أرباع الدار ولشريكه الربع ويدفع إلى الأول نصف الثمن الأول ويدفع إلى الثاني ثلاثة أرباع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الأول ربع الثمن الثاني لأنه يأخذ نصف ما اشتراه الأول وهو السدس فيدفع إليه نصف الثمن لذلك ، وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الأول بثلثه وبقي المأخوذ من الثاني ثلاثة أرباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع إليه ثلاثة أرباع الثمن ، وإن كان المشتري الثاني هو البائع الأول فالحكم على ما ذكرنا لا يختلف ، وإن كانت الدار بين الثلاثة أرباعاً لأحدهم نصفها وللآخرين نصفها بينهما فاشترى صاحب النصف من أحد شريكه ربعه ثم باع ربعاً مما في يده لاجنبي ثم علم شريكه فأخذ بالبائع الثاني أخذ جميعه ودفع إلى المشتري ثمنه وإن أخذ بالبيع الأول وحده أخذ ثلث المبيع وهو

(مسئلة) قال (ولا شفعة لكافر على مسلم)

وجهة ذلك أن الذي إذا باع شريكه شقصا لمسلم فلا شفعة له عليه روي ذلك عن الحسن والشعبي وروي عن شريح وعمر بن عبد العزيز أن له الشفعة وبه قال النخعي وإياس بن معاوية وحماد بن أبي سليمان والثوري ومالك والشافعي والعمري وأصحاب الرأي لعموم قوله عليه السلام «لا يجل له أن يبيع حتى يستأذن شريكه وإن باعه ولم يؤذنه فهو أحق به» ولأنه خيار ثابت لدفع الضرر بالشراء فاستوى فيه المسلم والكافر كالرد بالعيب

ولنا ما روى الدارقطني في كتاب العلل بإسناده عن أنس أن النبي ﷺ قال «لا شفعة لنصراني» وهذا يخص عموم ما احتجوا به ولأنه معنى بملك به يترتب على وجود ملك مخصوص فلم يجب للذي على المسلم كالزكاة ولأنه معنى يختص العقار فأشبه الاستعلاء في البنيان بحقه أن الشفعة انما تثبت للمسلم دفعا للضرر عن ملكه فقدم دفع ضرره على دفع ضرر المشتري، ولا يلزم من تقديم دفع ضرر المسلم على المسلم تقديم دفع ضرر الذي فإن حق المسلم أرجح ورعايته أولى، ولأن ثبوت الشفعة في محل الاجماع على

نصف سدس لأن المبيع كله ربع فثلثه نصف سدس وبأخذ ثلثيه من المشتري الاول وثلثه من الثاني ومخرج ذلك من ستة وثلاثين النصف ثمانية عشر ولكل واحد منها تسعة فلما اشترى صاحب النصف تسعة كانت شفعتهما بينه وبين شريكه الذي لم يبيع أثلاثا لشريكه ثلثها ثلاثة، فلما باع صاحب النصف ثلث ما في يده حصل في المبيع من الثلاثة ثلثها وهو سهم بقي في يد البائع منها سهمان فبرد الثلاثة الى الشريك يصير في يده اثنا عشر وهي الثلث ويبقى في يد المشتري الثاني ثمانية وهي تسعان وفي يد صاحب النصف ستة عشر وهي أربعة أتساع ويدفع الشريك الثمن الى المشتري الاول ويرجع المشتري الثاني عليه بتسع الثمن الذي اشترى به لانه قد أخذ منه تسع مبيعاته، وإن أخذ بالعقدين أخذ من من الثاني جميع ما في يده وأخذ من الاول نصف التسع وهي سهمان من ستة وثلاثين فيصير في يده عشرون سهما وهي خمسة أتساع ويبقى في يد الاول ستة عشر سهما وهي أربعة أتساع ويدفع اليه ثلث الثمن الاول ويدفع الى الثاني ثمانية أتساع الثمن الثاني ويرجع الثاني على الاول بتسع الثمن الثاني

(فصل) إذا كانت دار بين ثلاثة تزيد نصفها وعمرو ثلثها ولبكر سدسها فاشترى بكر من زيد ثلث الدار ثم باع عمرأ سدسها ولم يعلم عمرو بشرائه للثالث ثم علم فله المطالبة بحقه من شفعة الثلث وهو ثلثاه وهو تسعا الدار فيأخذ من بكر ثلثي ذلك وقد حصل ثلثه الباقي في يده بشرائه للسدس فيفسخ بيعه فيه ويأخذه بشفعة البيع الاول ويبقى من بيعه خمسة أتساعه تزيد ثلث شفعته فتقسم بينها أثلاثا وتصح المسئلة من مائة واثنين وستين سهما الثلث المبيع أربعة وخمسون وعمرو ثلثها بشفعة ستة وثلاثون سهما يأخذ ثلثها من بكر وهي أربعة وعشرون سهما وثلثها في يده اثنا عشر سهما والسدس الذي

خلاف الأصل رعاية لحق الشريك المسلم ، وليس الذمي في معنى المسلم فيبقى فيه على مقتضى الأصل وثبتت الشفعة للمسلم على الذمي لعموم الأدلة الموجبة ، لأنها إذا ثبتت في حق المسلم على المسلم مع عظم حرمة ورعاية حقه فلأن ثبتت على الذمي مع دناءته أولى وأحرى

(فصل) وثبتت للذمي على الذمي لعموم الاخبار ولأنها تساوي في الدين والحرمة فتثبت لأحدهما على الآخر كالمسلم على المسلم ، ولأنهم في هذا خلافاً ، وإن تبايعوا بخمر أو خنزير وأخذ الشفيع بذلك لم ينقض ما فعلوه ، وإن كان التقابض جرى بين المتبايعين دون الشفيع وترافعوا إلينا لم نحكم له بالشفعة ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو الخطاب إن تبايعوا بخمر وقلنا هي مال لهم حكنا لهم بالشفعة

وقال أبو حنيفة ثبتت الشفعة إذا كان الثمن خمرأ لأنها مال لهم فأشبهه مالو تبايعوا بدراهم لكن إن كان الشفيع ذمياً أخذه بمثله وإن كان مسلماً أخذه بقيمة الخمر

ولنا أنه يبيع عقد بخمر فلم تثبت فيه الشفعة كما لو كان بين مسلمين ، ولأنه عقد بضمن محرم أشبه البيع بالخنزير والميتة ، ولا نسلم أن الخمر مال لهم فإن الله تعالى حرمه كحرم الخنزير ، واعتقادهم حله لا يجعله مالا كالخنزير ، وإنما لم ينقض عقدهم إذا تقابضوا لأننا لا نتعرض لما فعلوه مما يعتقدونه في دينهم مالم يتحاكوا إلينا قبل تمامه ولو تحاكوا إلينا قبل التقابض لفسخناه

(فصل) فأما أهل البدع فمن حكم بإسلامه فله الشفعة لأنه مسلم فتثبت له الشفعة كالفاسق بالأفعال ولأن عموم الأدلة يقتضي ثبوتها لكل شريك فيدخل فيها

أشترأ سبعة وعشرون سهماً قد أخذ منها اثنا عشر بالشفعة بقي منها خمسة عشر له ثلاثا عشرة وعشرة وأخذ منها زيد خمسة فحصل لزيد اثنان وثلاثون سهماً ولبكر ثلاثون سهماً ولعمرو مائة سهم وذلك نصف الدار وتسعاً ونصف تسع تسعاً ، ويدفع بكر إلى عمرو ثلثي الثمن في البيع الأول وعلى زيد خمسة أتساع الثمن الثاني بينهما أثلاثاً ، فإن عفا عمرو عن شفعة الثالث فشفعة السدس الذي اشترأ بينه وبين زيد أثلاثاً ، ويحصل لعمرو أربعة أتساع الدار ولزيد تسعاً ولبكر ثلثها وتصح من تسعة ، وإن باع بكر السدس لاجنبي فهو كبيع إياه لعمرو إلا أن لعمرو العفو عن شفته في السدس بخلاف ما إذا كان هو المشتري فإنه لا يصح عفو عن نصيبه منها ، وإن باع بكر الثلث لاجنبي فلعمر وثلاث شفعة المبيع الأول وهو اتسعان يأخذ ثلثهما من بكر وثلثيهما من المشتري الثاني وذلك تسع وثلث تسع يبقى في يد الثاني سدس وسدس تسع وهو عشرة من أربعة وخمسين بين عمرو وزيد أثلاثاً ، وتصح أيضاً من مائة واثنين وستين ويدفع عمرو إلى بكر ثلثي ثمن مبيعته ويدفع هو وزيد إلى المشتري الثاني ثمن خمسة أتساع مبيعته بينهما أثلاثاً ، ويرجع المشتري الثاني على بكر بضمن أربعة أتساع مبيعته ، وإن لم يعلم عمرو حتى باع مما في يديه سدساً لم تبطل شفته في أحد الوجوه وله أن يأخذها كما لو لم يبع شيئاً (والثاني) تبطل شفته كلها (والثالث) تبطل في قدر ما باع وتبقى فيما لم يبع وقد ذكرنا توجيه هذه الوجوه فاما

وقد روى حرب أن أحمد سئل عن أصحاب البدع هل لهم شفعة؟ وروى عن ابن ادريس أنه قال ليس للرافضة شفعة فضحك وقال أراد أن يخرجهم من الاسلام، فظاهر هذا أنه أثبت لهم الشفعة، وهذا محمول على غير الغلاة منهم وأما من غلا كالمتنقذ أن جبريل غلط في الرسالة فجاء إلى النبي ﷺ وإنما أرسل إلى علي ونحوه ومن حكم بكفره من الدعاة إلى القول بخلق القرآن فلا شفعة له لأن الشفعة إذا لم تثبت للذمي الذي يقر على كفره فغيره أولى

(فصل) وثبت الشفعة للبديري على القروي والقروي على البديري في قول أكثر أهل العلم، وقال الشعبي والبتي لا شفعة لمن لم يسكن المصر

ولنا عموم الأدلة واشتراكها في المعنى المقتضي لوجوب الشفعة
(فصل) قال أحمد في رواية حنبل لا نرى في أرض السواد شفعة وذلك لأن أرض السواد موقوفة وقفها عمر رضي الله عنه على المسلمين ولا يصح بيعها والشفعة إنما تكون في البيع، وكذلك الحكم في

شفعة ما باعه ففيها ثلاثة أوجه (أحدها) أنها بين المشتري الثاني وزيد وبكر أرباعاً للمشتري نصفها ولكل واحد منهم ربعها على قدر املاكهم حين يبعه (والثاني) أنها بين زيد وبكر على أربعة عشر سهماً لزيد تسعة ولبكر خمسة لأن لزيد السدس ولبكر سدس يستحق منه أربعة أنساغ بالشفعة فيبقى معه خمسة أنساغ السدس ملكه مستقر عليها فأضفناها إلى سدس زيد وقسمنا الشفعة على ذلك ولم نعط المشتري الثاني ولا بكرأ بالسهم المستحق بالشفعة شيئاً لأن الملك عليها غير مستقر (والثالث) أن عفا لم عن الشفعة استحقوا بها وإن أخذت بالشفعة لم يستحقوا بها شيئاً وإن عفا عن بعضهم دون بعض استحق المعفو عنه، بسهامه دون غير المعفو عنه وما بطلت الشفعة فيه ببيع عمرو فهو بمنزلة المعفو عنه فيخرج في قدره وجهان، ولو استقصينا فروع هذه المسئلة على سبيل البسط لطلال وخرج إلى الامال (فصل) إذا كانت دار بين أربعة أرباعاً فاشترى اثنان منهم نصيب أحدهم استحق الرابع الشفعة

عليهما واستحق كل واحد من المشتريين الشفعة على صاحبه فإن طالب كل واحد منهم بشفعته قسم المبيع بينهم أثلاثاً وصارت الدار بينهم كذلك، وإن عفا الرابع وحده قسم المبيع بين المشتريين نصفين وكذلك إن عفا الجميع عن شفعتهم فيصير لهما ثلاثة أرباع الدار وللرابع الربع بحاله وإن طالب الرابع وحده أخذ منهما نصف المبيع لأن كل واحد منهما له من الملك مثل ما للمطالب فشفعة مبيعه بينهما وبين شقيقه نصفين فيحصل للرابع ثلاثة أثمان الدار وباقيها بينهما نصفين، وتصح من ستة عشر، وإن طالب الرابع وحده أحدهما دون الآخر قاسمه الثمن نصفين فيحصل للمعفو عنه ثلاثة أثمان والباقي بين الرابع والآخر نصفين وتصح من ستة عشر، وإن عفا أحد المشتريين ولم ينف الآخر ولا الرابع قسم مبيع المعفو عنه بينه وبين الرابع نصفين ومبيع الآخر بينهم أثلاثاً فيحصل للذي لم ينف عنه ربع (الجزء الخامس)

سائر الارض التي وقفها عمر رضي الله عنه وهي التي فتحت عنوة في زمنه ولم يقسمها كأرض الشام وأرض مصر وكذلك كل أرض فتحت عنوة ولم تقسم بين الغائبين الا أن يحكم بيع ذلك حاكم أو يفعله الامام أو نائبه ، فان فعل ذلك ثبت فيه الشفعة لانه فصل مختلف فيه ، ومتى حكم الحاكم في المختلف فيه بشيء نفذ حكمه والله أعلم

كتاب المساقاة

المساقاة أن يدفع الرجل شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من ثمره ، وأما سميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجة شجرهم الى السقي لانهم يستقون من الآبار فسميت بذلك ، والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر (رض) قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع حديث صحيح متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر وعمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع ، وهذا عمل به الخلفاء الراشدون في مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان اجماعاً ، فان قيل لا نسلم انه لم ينكره منكر فان عبد الله بن عمر راوي

وثالث ثمن وذلك سدس وثمان والباقي بين الآخرين نصفين ونصف من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع عن أحدهما ولم يعف أحدهما عن صاحبه أخذ من لم يعف عنه ثلث الثمن والباقي بينهما نصفين ويكون الرابع كالعافي في التي قبلها ونصف أيضاً من ثمانية وأربعين ، وان عفا الرابع وأحدهما عن الآخر ولم يعف الآخر فلغير العافي ربع وسدس والباقي بين العافيين نصفين لكل واحد منها سدس وثمان ونصف من أربعة وعشرين وما يفرع من المسائل فهو على مساق ما ذكرناه

باب المساقاة

وهي أن يدفع إنسان شجره الى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج اليه بجزء معلوم له من الثمرة ، وسميت مساقاة لانها مفاعلة من السقي لان أهل الحجاز أكثر حاجتهم الى السقي لكونهم يسقون من الآبار ، فسميت بذلك والاصل في جوازها السنة والاجماع ، أما السنة فما روى عبد الله بن عمر قال عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من تمر أو زرع متفق عليه ، وأما الاجماع فقال أبو جعفر علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وعن آبائه عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلوم الى اليوم يعطون الثلث والرابع وهذا عمل به الخلفاء الراشدون مدة خلافتهم واشتهر ذلك ولم ينكره منكر فكان إجماعاً

حديث معاملة أهل خيبر قد رجع عنه وقال كنا نخبأر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة وهذا يمنع انعقاد الاجماع ويدل على نسخ حديث ابن عمر لرجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل بذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي عن النبي ﷺ وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم فلم يخبرهم فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده قال : كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما نصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا ، فأما الذهب والورق فلم يكن يؤخذ ، وروى تفسيره أيضا بشي غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً ، قال الاثرم سمعت أبا عبد الله يستل عن حديث رافع بن خديج نهى رسول الله ﷺ عن المزارعة فقال رافع روي عنه في هذا ضروب كأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يبرهن حديثه ، وقال طائفة من أهلهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي ﷺ لم ينه عنه ولكن قال : « لان يمنع أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجا معلوما » رواه البخاري ومسلم وأبو زر زبد بن ثابت حديث رافع عليه وكيف يجوز نسخ أمر فعله النبي ﷺ حتى مات وهو

(مسألة) (تجوز المساقاة في ثمر النخل وفي كل شجر له ثمر ما كول ببعض ثمرته)

هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد واسحاق وأبو ثور ، وقال داود لا تجوز إلا في ثمر النخل لان الخبر إنما ورد به فيه ، وقال الشافعي لا تجوز إلا في النخل والكرم لان الزكاة تجب في ثمرهما ، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لان الزكاة لا تجب في نباتها فاشبهه مالا ثمرة له ، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمره لم تخلق أو إجارة بثمره مجعولة أشبه إجارته بثمره غير الشجر الذي يسقيه

ولنا ما ذكرنا من الحديث والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما قل راوى حديث خيبر ابن عمر وقد رجع عنه فقال : كنا نخبأر أربعين سنة حتى حدثنا رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ نهى عن الخبارة ولا يتعقد الاجماع مع مخالفته ، ويدل على نسخ حديث ابن عمر أيضاً رجوعه عن العمل به الى حديث رافع ، قلنا لا يجوز حمل حديث رافع على ما يخالف الاجماع ولا حديث ابن عمر لان النبي ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم فكيف يتصور نهى النبي ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يعمل ذلك في عصر الخلفاء ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ فلو صح خبر رافع لوجب حمله على ما يوافق السنة والاجماع ، وعلى أنه قد روي في تفسير خبر

يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده بخبر لا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره؟ ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفشتين فجاز ذلك كالمضاربة بالاثمان

(مسئلة) قال أبو القاسم (وتجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم بجزء معلوم يحمل للعامل من الثمر)

وجملة ذلك أن المساقاة جائزة في جميع الشجر المثمر هذا قول الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم وبه قال سعيد بن المسيب وسالم ومالك والثوري والاوزاعي وأبو يوسف ومحمد وإسحاق وأبو ثور وقال داود لا يجوز إلا في النخيل لأن الخبر إنما ورد بها فيه، وقال الشافعي لا يجوز إلا في النخيل والكرم لأن الزكاة تجب في ثمرهما، وفي سائر الشجر قولان (أحدهما) لا تجوز فيه لأن الزكاة لا تجب في ثمراته فأشبهه مالا ثمرة له، وقال أبو حنيفة وزفر لا تجوز بحال لأنها إجارة بثمرة أو إجارة بثمرة مجبولة أشبه إجارة نفسه بثمرة غير الشجر الذي يسقيه

رافع عنه ما يدل على صحة قولنا فروى البخاري بإسناده عنه قال كنا نكري الأرض بالناحية منها تسمى لسيد الأرض فربما يصاب ذلك وتسلم الأرض وربما تصاب الأرض ويسلم ذلك فنهينا فاما الذهب والورق فلم يكن يومئذ، وروى تفسيره أيضاً بشيء غير هذا من أنواع الفساد وهو مضطرب جداً، قال الأثرم سمعت أبا عبد الله يسئل عن حديث رافع بنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المزارعة فقال رافع يروى عنه في هذا ضروب وكأنه يريد أن اختلاف الروايات عنه يوهن حديثه، وقال طاووس إن أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنه ولكن قال «لأن ينج أحدكم أخاه أرضه خير من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً» رواه البخاري ومسلم وأنكر زيد بن ثابت حديث رافع، عليه السلام، كيف يجوز نسخ أمر فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى مات وهو يفعله ثم أجمع عليه خلفاؤه وأصحابه بعده؟ ولا يجوز العمل به ولو لم يخالفه غيره ورجوع ابن عمر اليه يحتمل أنه رجع عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه، وأما غير ابن عمر فقد أنكر على رافع ولم يقبل حديثه وحمله على أنه غلط في روايته، والمعنى يدل على ذلك فإن كثيراً من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر ففي تجويز المساقاة دفع الحاجتين وتحصيل المصلحة الفشتين

ولنا السنة والاجماع ولا يجوز التعويل على ما خالفهما، وقولهم انها إجارة غير صحيح انما هو عقد على العمل في المال ببعض ثائته فهو كالمضاربة، وينكسر ما ذكره بالمضاربة فانه يعمل في المال بثائته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم قد جوز الشارع العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة مع أن القياس انما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجموع عليه؟ فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله حامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل، وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر، ولأنه شجر يشمر كل حول فأشبه النخل والكرم، ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فجازت المساقاة عليه كالنخل، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر له فيها وانما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما مالا ثمر له من الشجر كالصنصاف والجوز ونحوهما أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص، ولأن المساقاة انما تكون بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه كالتوت والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لانه في معنى الثمر لانه نماء يتكرر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له مثل حكمه

فجاز كالمضاربة بالاثمان، فأما قياسهم فيبطل بالمضاربة فانه يعمل في المال بثائته وهو معدوم مجهول وقد جاز بالاجماع وهذا في معناه، ثم إن الشارع قد جوز العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة فلم لا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة؟ مع أن القياس انما يكون في إلحاق المسكوت عنه بالنصوص عليه أو المجموع عليه، فأما في إبطال نص وخرق إجماع بقياس نص آخر فلا سبيل اليه، وأما تخصيص ذلك بالنخل أو به وبالكرم فيخالف عموم قوله حامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر وهذا عام في كل ثمر ولا تكاد بلدة ذات أشجار تخلو من شجر غير النخل وقد جاء في لفظ بعض الاخبار أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشرط ما يخرج من النخل والشجر رواء الدارقطني ولأنه شجر يشمر كل حول فأشبه النخل والكرم ولأن الحاجة تدعو إلى المساقاة عليه كالنخل وأكثر لكثرة فأشبه النخل ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة ولا أثر فيها وإنما العلة ما ذكرناه

(فصل) فأما مالا ثمر له كالصنصاف والجوز أو له ثمر غير مقصود كالصنوبر والارز فلا تجوز المساقاة عليه وبه قال مالك والشافعي ولا نعلم فيه خلافا لانه غير منصوص عليه ولا في معنى المنصوص ولأن المساقاة انما تجوز بجزء من الثمرة وهذا لا ثمرة له الا أن يكون مما يقصد ورقه أو زهره كالتوت

(فصل) وان ساقاه على ثمرة موجودة فذكر أبو الخطاب فيها روايتين (إحداها) تجوز وهو اختيار أبي بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحمد قول الشافعي لأنها إذا جازت في المعدومة مع كثرة الفرر فيها فمع وجودها وقلة الفرر فيها أولى ، وإنما تصح إذا بقي من العمل ما يستزاد به الثمرة كالتأبير والسقي وإصلاح الثمرة ، فإن بقي ما لا يزيد به الثمرة كالجذاذ ونحوه لم يجز بغير خلاف (والثانية) لا تجوز وهو القول الثاني لشافعي لأنه ليس بمخصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي ﷺ عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من تمر أو زرع ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى الساقى فلم يصح كالأبدا صلاح الثمرة ، ولأنه عقد على العمل في المال ببعض نمائه فلم يجز بعد ظهور الماء كالمضاربة ، ولأن هذا جعل العقد إجارة بمعلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك

وقولهم أنه أقل غرراً قلنا قلة الفرر ليست من مقتضى الجواز ، ولا كثرة الموجودة في محل النص مانعة فلا تؤثر قلته شيئاً ، والشرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء ، وإنما يحدث الماء الموجود على ملكها على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في معناه إلحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بعد ظهور الربيع (فصل) فأما قول الحنفي (بجزء معلوم يجعل للعامل من الثمر) فيدل على شيئين (أحدهما) أن

والورد فالقياس يقتضي جواز المساقاة عليه لأنه في معنى الثمر لكونه مما يشكر كل عام ويمكن أخذه والمساقاة عليه بجزء منه فيثبت له حكمه

(مسئلة) (وتصح بلفظ المساقاة) لأنه موضوعاً حقيقة ولفظ المعاملة لقوله في الحديث عامل أهل خيبر على شطر ما يخرج منها ، وتصح بكل ما يؤدي معناها من الالفاظ نحو فالتك وأعمل في بستانى هذا حتى تكمل ثمرته وما أشبهه لأن القصد المعنى فإذا أتى بأي لفظ دل عليه صح كالبيع (مسئلة) (وتصح بلفظ الاجارة في أحد الوجهين)

لأنه مؤد للمعنى فصح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها والثاني لا تصح وهو اختيار أبي الخطاب لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوماً وتكون لازمة والمساقاة بخلافه والاول أقيس لما ذكرنا ﴿مسئلة﴾ (وقد نص أحمد في رواية جماعة فيمن قال أجرتك هذه الأرض بثلث ما يخرج منها أنه يصح وهذه مزارعة بلفظ الاجارة ذكره أبو الخطاب)

فمضى قوله أجرتك هذه الأرض بثلث أي زارعتك عليها بثلث عبر عن المزارعة بالاجارة على سبيل المجاز كما عبر عن الشجاع بالاسد ، فعلى هذا يكون نهي عليه السلام عنها بثلث أو ربه إنما ينصرف إلى الاجارة الحقيقية لا عن المزارعة وقال أكثر أصحابنا هي إجارة لأنها مذكورة بلفظها فتكون إجارة حقيقية وتصح ببعض الخارج من الأرض كما تصح بالدرهم قال شيخنا والاول أقيس وأصح لما سبق

المساقاة لا تصح إلا على جزء معلوم من الثمرة مشاع كالنصف والثلث لحديث ابن عمر عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها وسواء قل الجزء أو أكثر ، فلو شرط للعامل جزءاً من مائة جزء . وجعل جزءاً منها لنفسه والباقي للعامل جاز ما لم يفعل ذلك حيلة ، وكذلك إن عقده على أجزاء معلومة كالحسين وثلاثة أثمان أو سدس ونصف وسبع ونحو ذلك جاز ، وإن عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب والحظ ونحوه لم تجز لأنه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ، ولو ساقاه على أصع معلومة أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم تجز لأنه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستغفر رب الشجر أو ربما كثر الخصال فيستغفر العامل ، وإن شرط له ثمر نخلات بعينها لم تجز لأنها قد لا تحمل فتكون الثمرة كلها لرب المال وقد لا تحمل غيرها فتكون الثمرة كلها للعامل ، ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الأرض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً

قال رافع كنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما الذهب والورق فلم يهنا . متفق عليه ، فتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة ، والثمره كلها لرب المال لأنها نماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة (الثاني) إن الشرط للعامل لأنه إنما يأخذ بالشرط فالشرط يراد لاجله ورب المال يأخذ بماله لا بالشرط ، فإذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح وكان الباقي لرب المال ، وإن قال على أن لي ثلث الثمرة فقال ابن

﴿مسئلة﴾ (وهل تصح على ثمرة موجودة ؟ على روايتين) (أحداها) تجوز اختارها أبو بكر وهو قول مالك وأبي يوسف ومحمد وأبي ثور وأحد قولي الشافعي لأنها إذا جازت مع كثرة الفرر فيها فمع وجودها وقلة الفرر فيها أولى وإنما تصح إذا بقي من العمل ما تزيد به الثمرة كالتأجير والسقي وإصلاح الثمرة فإن بقي مالا تزيد به الثمرة كالجداد ونحوه لم تجز بخلاف (والثانية) لا يجوز وهو القول الثاني للشافعي لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص فإن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر على الشطر مما يخرج من زرع أو ثمر ، ولأن هذا يفضي إلى أن يستحق بالعقد عوضاً موجوداً ينتقل الملك فيه عن رب المال إلى المساقى فلم يصح كما لو بدا صلاح الثمرة ولأنه عقد على العمل في المال ببعض ثمراته فلم يجز بعد ظهور النماء كالمضاربة ولأن هذا يجعل اجارة معلوم ومجهول فلم يصح كما لو استأجره على العمل بذلك ، وقولهم إنها أقل غرراً قلنا قلة الفرر ليس من المقضي للجواز ولا كثرة الموجود في محل النص مانعة منه فلا تؤثر قلته شيئاً ، والتبرع ورد به على وجه لا يستحق العامل فيه عوضاً موجوداً ولا ينتقل إليه من ملك رب المال شيء وإنما يحدث البناء الموجود على ملكهما على ما شرطاه فلم تجز مخالفة هذا الموضوع ولا إثبات عقد ليس في مضاء الحاقاً به كما لو بدا صلاح الثمرة كالمضاربة بسد ظهور الرياح ، ومن نصر الوجه الأول قال نص النبي ﷺ على المساقاة على الثمرة المدومة بجزء منها تنبيه على جوازها على الموجودة لما

حامد يصح والباقي للعامل ، وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة ، وإن اختلفا في الجزء المشروط لمن هو منها فهو للعامل لأن الشرط يراد لأجله كما ذكرنا

(فصل) إذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم والرمان فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمرة التين وثلاث الزيتون وربع الكرم وخمس الرمان ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وها يعلمان قدر كل نوع صح لأن ذلك كأربعة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخالف لتقدر المشروط من الآخر . وإن لم يعلما قدره أولم يعلم أحدهما لم يجوز لانه قد يكون أكثر ما في البستان من النوع الذي شرط فيه القليل أو أكثر مما شرط فيه الكثير ، ولو قال : ساقيتك على هذين البستانين بالنصف من هذا والثالث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين فصار كأنه قال بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وإن قال بالنصف من أحدهما والثالث من الآخر لم يصح لانه جهول لا يدري أيهما الذي يستحق نصفه ولا الذي يستحق ثلثه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثالث وها مميزاتان صح لانهما كبستانين

(فصل) وإن كان البستان لاثنتين فساقيا عاملا واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثالث نصيب الآخر والعامل عالم بنصيب كل واحد منهما جاز لأن عقد الواحد مع الاثنتين عقدان ، ولو أفرد كل واحد منهما بعقد كان له أن بشرط ما اتفقا عليه وإن جهل نصيب كل واحد منهما لم يجوز لانه غرر

ذكرنا ، ولا يصح القياس على المضاربة إذا ظهر الربح لأنها لا تحتاج إلى عمل وههنا يحتاج إليه فلا يصح القياس ، ونظير ذلك المساقاة على الثمرة بعد بدو صلاحها فانه لا يصح بغير خلاف علمناه لكون العمل لا يزيد في الثمرة بخلاف الرواية الأولى فإن العمل يزيد فيها فافترقا

(فصل) وإذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر إلى مدة يحمل فيها غالباً بجزء من الثمرة صح لانه ليس فيه أكثر من أن عمل العامل يكثر وذلك لا يمنع الصحة كما لو جعل له سهم من ألف ، وفيه الأقسام التي نذكرها في كبار النخل والشجر فإن قلنا المساقاة عقد جائز لم يحتج إلى ذكر مدة وإن قلنا هو لازم اشترط ذكر المدة وسنذكره

(مسألة) (وإن ساقاه على شجر بفرسه وبعمل عليه حتى يثمر بجزء من الثمرة صح)

والحكم فيه كالحكم فيما إذا ساقاه على صغار الشجر على ما بينته قال أحمد في رواية المروذي فيمن قال لرجل أغرس في أرضي هذه شجراً أو نخلاً فما كان من غلة فلك بملك كذا وكذا سهماً من كذا وكذا فاجازه ، واحتج بحديث خبير في الزرع والنخل لكن يشترط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض ، فإن كان من العامل خرج على الروايتين في المزارعة إذا شرط البذر من العامل ، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها ويضمن له نقصها وبين تركها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض ثم جاء الشفيع

فانه قد يقل نصيب من شرط النصف فيقل حظه وقد يكثر فيتوفر حظه فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانها جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فصار كما لو قالوا بعناك دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصيح كذلك ههنا ، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن بشرط لهما التساوي في النصيب ويجوز أن بشرط لاحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لان قدر ماله في كل سنة معلوم فصيح كما لو شرط له من كل نوع قدراً

(فصل) ولو دفع الى رجل بستاناً فقال ما زرعت فيه من حنطة فلي ربه وما زرعت من شعير فلي ثلثه وما زرعت من باقلا فلي نصفه لم يصح لان ما يزرعه من كل واحد من هذه الاصناف مجهول قدر فجزى مجرى ما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف هذا النوع الاخر وهو جاهل بما فيه منهما ، وان قال إن زرعتها حنطة فلي ربعها وان زرعتها شعيراً فلي ثلثه وان زرعتها باقلا فلي نصفه لم يصح أيضاً لانه لا يدري ما يزرعه فاشبه ما لو قال بعثك بعشرة صحاح أو احد عشرة مكسرة وفيه وجه آخر انه يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فذلك درهم وان خطته فارسياً فذلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه فيخرج ههنا مثله وان قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح

فاخذها وان اختار العامل قلع شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع من تحويله وان اتفقا على ابقاء الغرس ودفع أجر الارض جاز

(فصل) ولو دفع أرضه الى رجل ينرسها على أن الشجر بينهما لم يحجز ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فان المزارع يبذر الارض فتكون بينه وبين صاحب الارض وهذا نظيره ، فأما ان دفعها على أن الارض والشجر بينهما فذلك فاسد وجهاً واحداً وبه قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لانه يشترط اشتراكهما في الاصل ففسد كما لو دفع اليه الشجر أو التخليل ليكون الاصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الارض والزرع بينهما

(فصل) ومن شرط صحة المساقاة تقدير نصيب العامل بجزء معلوم من الثمرة كالثلث والربع لحديث ابن عمر في خير وسواء قل الجزء أو كثر فلو جعل للعامل جزءاً من مائة جزء أو جعل الجزء لنفسه والباقي للعامل جاز إذا لم يفعل ذلك حيلة ، فان عقد على جزء مبهم كالسهم والجزء والنصيب لم يحجز لانه إذا لم يكن معلوماً لم يمكن القسمة بينهما ولو جعل له أصعاً معلوماً أو جعل مع الجزء المعلوم أصعاً لم يحجز لانه ربما لم يحصل ذلك أو لم يحصل غيره فيستضر رب الشجر أو يكثر الحاصل فيتضرر العامل وكذلك ان شرط له ثمر شجر بعينه لانه قد لا يحمل وقد لا يحمل غيرها ولهذا العلة نهى النبي ﷺ عن المزارعة التي يجعل فيها لرب الارض مكاناً معيناً وللعامل مكاناً معيناً قال رافع كنا نكثري الارض على أن لنا

لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثلثي الباقي وبينا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر واما بتقدير المكان وتعيينه أو بمساحته مثل ان قال تزرع هذا المكان حنطة وهذا شعيرا وتزرع مدين حنطة ومدين شعيراً أو تزرع قفيزا حنطة وقفيزين شعيراً جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكفنى به

(فصل) وان ساقاه على انه ان سقى سيعا فله الثلث وان سقى بكافة فله النصف لم يصح لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة، ويتمخرج ان يصح قياساً على مسئة الاجارة ولو قال لك الخسان ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فذلك الربح لم يصح نص عليه احمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، وهذا في معنى المسئلة التي قبلها ويخرج فيها مثل ماخرج فيها، ولو ساقاه في هذا الحائط بالثلث على أن يساقيه في الحائط الآخر بجزء معلوم لم يصح لانه شرط عقدا في عقد فصار في معنى بيعتين في بيعة كقوله بعثك ثوبي على أن تبيعني ثوبك وانما فسد للمعنيين (أحدهما) انه شرط في العقد عقداً آخر والنفع الحاصل بذلك مجهول فكانه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) ان العقد الآخر لا يلزمه بالشرط فيسقط الشرط واذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه، فتى شرط شيئاً من هذه الشروط الفاسدة فسدت المساقاة، والثمرة كلها لرب المال لانها ثماء ملكه وللعامل أجر مثله كالمضاربة الفاسدة

(فصل) ولا يحتاج أن يشترط لرب المال لانه يأخذ بماله لا بالشرط فاذا قال ساقيتك على أن لك ثلث الثمرة صح والباقي لرب المال، وان قال على ان لي ثلث الثمرة فقال ابن حامد يصح وقيل لا يصح وقد ذكرنا تعليل ذلك في المضاربة، وان اختلفا في الجزء المشروط فهو للعامل لانه انما يستحق بالشرط كما ذكرنا، فان اختلفا في قدر المشروط للعامل فقال ابن حامد القول قول رب المال وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبه لانه أقوى سبباً لتسليمه الحائط والعمل، وقد ذكرنا في المضارب رواية ان القول قوله إذا ادعى أجر المثل فيخرج ههنا مثله وقال الشافعي يتحالفان وكذلك ان اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر للزيادة التي ادعاها العامل فكان القول قوله فان كان مع أحدهما بينة حكم بها وان كان مع كل واحد منهما بينة انبنى على بينة الداخل والخارج فان كان الشجر لاثنين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذ نصيبه مما يدعيه من مال المصدق وان شهد على المنكر قبلت شهادته اذا كان عدلاً لانه لا يجوز الى نفسه فقراً ولا يدفع عنها ضرراً ويحلف مع شاهده وان لم يكن عدلاً

(فصل) وان ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له الثلثين من الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبي بالثلث، وان ساقاه على أن تكون الثمرة بينهما نصفين أو على أن يكون للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لان العامل يستحق نصفها بماكه ولم يجعل له في مقابلة عمله شيئاً ، وإذا شرط له الثلث فقد شرط ان غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح ، فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما نصفين بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئاً لانه تبرع به لرضاء بالعمل بغير عوض فأشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء ، وذكر أصحابنا وجهاً آخر انه يستحق أجر مثله لان المساقاة تقتضي عوضاً فلا تسقط برضاء باسقاطه كالنكاح ولم يسلم له العوض فيكون له أجر مثله

ولنا انه عمل في مال غيره متبرعاً فلم يستحق عوضاً كما لو لم يمسق المساقاة، ويفارق النكاح لوجهين (أحدهما) ان عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك ولان المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجبا بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لا يوجب ولو أوجب لا يوجب قبل العمل ولا خلاف

كانت شهادته كدمها ولو كانا عاملين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته لما ذكرنا (فصل) وإذا كان في البستان شجر من أجناس كالتين والزيتون والكرم فشرط للعامل من كل جنس قدراً كنصف ثمر التين وثلث الزيتون وربع الكرم ، أو كان فيه أنواع من جنس فشرط من كل نوع قدراً وهما يعرفان قدر كل نوع صح لان ذلك كثلاثة بساتين ساقاه على كل بستان بقدر مخاف للقدر المشروط من الآخر ، وان لم يعلم قدره أو أحدهما لم يجز للجهالة، ولو قال ساقيتك على هذين البساتين بالنصف من هذا والثلث من هذا صح لأنها صفقة واحدة جمعت عوضين نصار كقوله بعتك داري هاتين هذه بألف وهذه بمائة ، وان قال بالنصف من أحدهما والثلث من الآخر ولم يعينه لم يصح الجهالة لانه لا يعلم الذي يستحق نصفه ، ولو ساقاه على بستان واحد نصفه هذا بالنصف ونصفه هذا بالثلث وهما متميزان صح لانها كبستانين

(فصل) فان كان البستان لاثنتين فساقيا عاملاً واحداً على أن له نصف نصيب أحدهما وثلث نصيب الآخر والعامل عالم ما لكل واحد منهما جاز لان عقد الواحد مع الاثنتين تقدان، ولو أفر دكل واحد منهما بعقد كان له أن يشترط ما اتفقا عليه وان جهل نصيب كل واحد منهما لم يجز لانه غرر فانه قد يقل نصيب من شرط له النصف فيقل حظه، وقد يكثر فيتوفر حظه، فاما ان شرطاً قدراً واحداً من مالها جاز وان لم يعلم قدر ما لكل واحد منهما لانه جهالة لا غرر فيها ولا ضرر فهو كما لو قالاً بعتك

ان هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً، وان وجب بالاصابة لم يصح القياس عليها لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وان وجب بهما امتنع القياس لهذه الوجوه كلها. فاما إن ساقى أحدهما شريكه على أن يعملوا معاً فالمساقاة فاسدة والثمرة بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل ان تساوىا فيه ، وان كان لأحدهما فضل نظرت. فان كان قد شرط له فضل مافي مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وان لم يشترط له شيء فلا شيء له إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

(فصل) وتصح المساقاة على البعل من الشجر كما تجوز فيما يحتاج الى سقي وبهذا قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو الى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه وكذلك الحكم في المزارعة

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم فان ساقاه على بستان بغير رؤية ولا صفة لم يصح لانه عقد على مجهول فلم يصح كالبيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف الغرض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيم (فصل) وتصح المساقاة بلفظ المساقاة وما يؤدي معناها من الالفاظ نحو عاملتك وفالحك واعمل في بستاني هذا حتى تكل ثمرته وما أشبه هذا لان القصد المعنى فاذا أتى به بأي لفظ دل عليه صح كالبيم، وان

دارنا هذه بألف ولم يعلم نصيب كل واحد منهما جاز لانه أي نصيب كان فقد علم عوضه وعلم جملة المبيع فصح كذلك ههنا، ولو ساقى واحد اثنين جاز ويجوز أن يشترط لهما التساوي في النصيب وان يشترط لأحدهما أكثر من الآخر

(فصل) ولو ساقاه ثلاث سنين على أن له في الاولى النصف وفي الثانية الثلث وفي الثالثة الربع جاز لانه قدر ماله في كل سنة معلوم فصح كما لو شرط له من كل نوع قدرأ

(فصل) ولا تصح المساقاة إلا على شجر معلوم بالرؤية أو بالصفة التي لا يختلف معها كالبيم وإن ساقاه على بستان لم يره ولم يوصف له لم يصح لانه عقد على مجهول أشبه البيم وان ساقاه على أحد هذين الحائطين لم يصح لانها معاوضة يختلف العوض فيها باختلاف الاعيان فلم يجز على غير معين كالبيم .

(فصل) وتصح على البعل كما تصح على السقي وبه قال مالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من يجوز المساقاة لان الحاجة تدعو إلى المعاملة في ذلك كدعائها الى المعاملة في غيره فيقاس عليه

(مسألة) (والمساقاة عقد جائز في ظاهر كلامه)

وكذلك المزارعة أوماً اليه أحمد في رواية الاثرم وقد سئل عن الاكار يخرج من غير ان يخرج له صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره ابن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا

قال استأجرتك لتعمل لي في هذا الحائط حتى تكمل ثمرة بنصف ثمرة ففيه وجهان (أحدهما) لا يصح ذكره أبو الخطاب، لأن الاجارة يشترط لها كون العوض معلوما والعمل معلوما، وتكون لازمة والمساقاة بخلافه (والثاني) يصح وهو أقبس لأنه مؤد للمعنى فصيح به العقد كسائر الالفاظ المتفق عليها وقد ذكر أبو الخطاب أن معنى قول احمد تجاوز اجارة الارض بيع بعض الخارج منها المزراعة على أن البذر والعمل من العامل وما ذكر من شروط الاجارة إنما يعتبر في الاجارة الحقيقية أما إذا أريد بالاجارة المزراعة فلا يشترط لها غير شرط المزراعة

(فصل) ويلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها مثل حرث الارض تحث الشجر والبقر التي تحرث وآلة الحرث وسقى الشجر واستقاء الماء واصلاح طرق الماء وتنقيتها وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه ونسوية الثمرة واصلاح الاجاجين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وادارة الدولاب، والحفظ قائم في الشجر وبعده حتى يقسم، وإن كان مما يشمس فعليه تسميسه، وعلى رب المال مافيه حفظ الاصل كسد الحيطان وانشاء الانهار وعمل الدولاب وحفر بئر وشراء ما يلحق به، وغير بعض أهل العلم عن هذا بعبارة أخرى فقال كل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا يتكرر فهو على رب المال وهذا صحيح في العمل، فأما شراء ما يلحق به فهو على رب المال وإن تكرر لأن هذا ليس من العمل

هو لازم وهو قول أكثر الفقهاء لأنه عقد معاوضة فكان لازما كالاجارة لأنه لو كان جائزا كان لرب المال فسخه إذا ظهرت الثمرة فيسقط سهم العامل فيتضرر

ولنا ما روى مسلم عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرهم بخير على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فقال رسول الله ﷺ «نقركم على ذلك ما شئنا» ولو كان لازما لم يجز بغير تقدير مدة ولا أن يجعل الخيرة اليه في مدة اقرارهم، ولأن النبي ﷺ لو قدر لهم مدة لنقل لأن هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه اجلاهم من أرض الحجاز وأخرجهم من خير ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجز اخراجهم فيها ولأنه عقد على جزء من ثماء المال فكان جائزا كالضاربة، وفارق الاجارة لأنها بيع فكانت لازمة كيبيع الاعيان ولأن عوضها معلوم أشبهت البيع، وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة ظهرت على ملكيها فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كما اذا فسخ المضارب بعد ظهور الربح، فعلى هذا لا يفتقر الى ذكر مدة لأن النبي ﷺ لم يضرب لاهل خير مدة معلومة ولا خلفاؤه حين عاملوهم، ولأنه عقد جائز فلم يفتقر الى ضرب مدة كالضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدها بعد ظهور الثمرة فهي بينهما على ما شرطاه وعلى العامل تمام العمل كما يلزم المضارب بيع العروض اذا فسخت المضاربة بعد

فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل فاشبهت ما يلقح به ، والاولى انها على العامل لانها تراد للعمل فاشبهت بقر الحرث ولان استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج الى بهيمة كغيره من الاعمال

وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بصلاح الاصول والثمره بها كالسبح للنهر والثور هو على من شرط عليه منهما ، إن أهل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة ، وقد ذكرنا ما يدل على أنه على العامل ، فأما تسميد الأرض بالزبل ان احتاجت اليه فشرأ ذلك على رب المال لانه ليس من العمل فجري مجرى ما يلقح به وتفرق ذلك في الأرض على العامل كالتلقيح ، وإن أطلقا العقد ولم يبين ما على كل واحد منهما فعلى كل واحد منهما ما ذكرنا أنه عليه وإن شرطاً ذلك كان تأكيداً ، وإن شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك ، فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فافسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ عليهما فان شرطه على العامل جاز وهذا مقتضى كلام الحنفي في المضاربة ، لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في المبيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه ، يمكن بشرط أن يكون ما يلزم كل واحد من العمل معلوماً لئلا يفضي إلى التنازع والتواكل فيختل العمل ، وأن لا يكون ماعلى رب المال أكثر

ظهور الربح وان فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لانه رضي بإسقاط حقه فهو كعامل المضاربة اذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجعالة اذا فسخ قبل تمام عمله ، فان فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لانه منعه أمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل تمام عمل الجعالة وفارق رب المال في المضاربة اذا فسخها قبل ظهور الربح لان عمل هذا مفضى الى ظهور الثمرة غالباً فلولا الفسخ لظهرت الثمرة فملك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجعالة بخلاف المضاربة فانه لا يعلم افضاؤها الى الربح ولان الثمرة اذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح اذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الاول فيه أثر أصلاً

(مسئلة) (فان قلنا هي عقد لازم فلا تصح الا على مدة معلومة)

وهذا قول الشافعي وقال أبو ثور تصح وتقع على سنة واحدة وأجازه بعض الكوفيين استحساناً ولانه لما شرط له جزءاً من الثمرة كان ذلك دليلاً على ارادة مدة تحصل فيها الثمرة ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة معلومة كالأجرة ولان المساقاة أشبه بالأجرة لانها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولانها اذا وقعت مطلقة لم يمكن حملها على اطلاقها مع لزومها لانها تفضي الى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كمالك ولا يمكن تقديره بالسنة لانه تحكم وقد تكمل الثمرة في أقل من السنة فعلى هذا لا تتقدراً كثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة ان بقي الشجر فيها وان طالت وقيل لا يجوز

العمل لان العامل يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً (فصل) فاما الجذاذ والحصاد والقاط فهو على العامل نص أحمد عليه في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ أنه اذا شرط على العامل فحاز لان العمل عليه وإن لم يشترط فعلى رب المال بحصته ما يصير اليه فظاهر هذا أنه جعل الجذاذ عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن نفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد واحتج من جعله عليهما بأنه يكون بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فأشبهه نقله الى منزله

ولنا أن النبي ﷺ دفع خيبر إلى يهود على أن يعملوها من أموالهم ، ولان هذا من العمل فيكون عليه كالشميس وما ذكره يبطل بالشميس ، ويفارق النقل إلى المنزل فانه يكون بعد القسمة وزوال العقد فأشبهه الخزن

(فصل) وإن شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كشرط عمل رب المال لان عملهم كعمله فان يد الغلام كيد مولاه ، وقال أبو الخطاب فيه وجهان (أحدهما) كما ذكرنا (والثاني) يجوز لان غلمانه ماله فحاز أن يعمل تبعاً لماله كثور الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدين إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن فاذا شرط غلمانا

أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو اجماع فأما أقل المدة فتقدر بمدة تكمل فيها الثمرة ولا يجوز على أقل منها لان المقصود اشتراكها في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة (مسئلة) (فان شرطاً مدة لا تكمل فيها لم يصح)

لذلك فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة فيها ولم تكمل فله أجرة مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود لكن لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي اتفقاعليه كان له أجر مثله كما في الاجارة الفاسدة بخلاف المتبرع فانه رضي بغير شيء ، وإن لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض

(فصل) فان ساقاه الى مدة تكمل فيها الثمرة غالباً فلم تحمل تلك السنة فلا شيء للعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه انباء أشبه المضاربة اذا لم يرجح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكمل فله نصيبه منها وعليه أمام العمل فيها كما لو انفسخت قبل كمالها

(مسئلة) (وان شرطاً مدة قد تكمل فيها الثمرة وقد لا تكمل ففي صحة المساقاة وجهان) (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن

يعملون معه فنفتقهم على ما يشترطان عليه فان أطلقا ولم يذكرنا نفقتهم فهي على رب المال ، وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفقتهم على المساق ، ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لان العمل على المساق فؤونة من يعمل عليه كؤونة غلده

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الاطلاق كما لو أجره فان شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها ، وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط تقديرها لانه اشترط عليه مالا يلزمه فوجب أن يكون معلوما كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذكر صفاتها فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشترط عليهم برؤية أو صفة نحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) وإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لان العمل عليه فاذا شرط أجره من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وإن لم يقدره فسد لذلك ولانه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا اشترط المضارب أجر ما يحتاج اليهم من الحالبين ونحوهم لان ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله بنفسه لم يصح كما سنألفنا

(فصل) ظاهر كلام أحمد أن المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة أو ما إليه في رواية الاثرم ، وسئل عن الاكار يخرج نفسه من غير أن يخرجها صاحب الضيعة فلم يمنع من ذلك ذكره الشيخ أبو

التحرز منه فلم يحز العقد معه كما لو شرط ثمرة نخلة بعينها ، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يمكن التحرز عنه ، فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فاستحق أجر المثل بخلاف ما اذا شرطاً مدة لا يحمل في مثلها ، وفيه وجه آخر أنه لا شيء له كما لو اشترطه مدة لا يحمل فيها الشجر غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء المدة فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعدها فلا شيء له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

﴿مسئلة﴾ (وان مات العامل ثم الوارث فان لم يكن له وارث أقام الحاكم مقامه من تركته)

وجملة ذلك انا قد ذكرنا ان ظاهر المذهب أن المساقاة عقد جائز لا يقتصر الى ذكر مدة لان ابقاءها اليها ونسخها جائز لكل واحد منها فلم تحتاج الى مدة ، فان قدرها بمدة ، جاز لانه لا ضرر في ذلك وقد بناه في المضاربة والمساقاة مثلاً ، فعلى هذا تنفسخ بموت كل واحد منها وجنونه والحجر عليه للسفه كالمضاربة ويكون الحكم فيها كما لو فسختها احدهما ، فلما ان قلنا يلزمها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منها لانه عقد لارم أشبه الاجارة ، فان كان الميت العامل فأبى وارثه القيام مقامه لم يجبر لان الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على مورثه الا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن فيه ذلك

عبد الله بن حامد وهو قول بعض أصحاب الحديث ، وقال بعض أصحابنا هو عقد لازم وهو قول أكثر الفقهاء لانه عقد معاوضة فكان لازماً كالاجارة ، ولانه لو كان جائزاً أجاز لرب المال فسخه اذا أدركت الثمرة فيسقط حق العامل فيستتسر

ولنا ما روى مسلم بإسناده عن ابن عمر أن اليهود سألوا رسول الله ﷺ أن يقرم بخيبر على أن يعملوها ويكون لرسول الله ﷺ شطر ما يخرج منها من تمر أو زرع فقال رسول الله ﷺ « تقررتم على ذلك ما شئنا » ولو كان لازماً لم يجوز بغير تقدير مدة ولأن يحمل الحرة اليه في مدة إقرارهم ولأن النبي ﷺ ينقل عنه أنه قدر لهم ذلك بمدة ولو قدر لم يترك نقله لان هذا مما يحتاج اليه فلا يجوز الاخلال بنقله وعمر رضي الله عنه أجلاهم من الارض وأخرجهم من خيبر ولو كانت لهم مدة مقدرة لم يجوز إخراجهم فيها ولانه عقد على جزء من ثمن المال فكان جائزاً كالمضاربة أو عقد على المال بجزء من ثمنه أشبه المضاربة وفارق الاجارة لانها بيع فكانت لازمة كبيع الاعيان ولان عوضها بمقدار معلوم فأشبهت البيع وقياسهم ينتقض بالمضاربة وهي أشبه بالمساقاة من الاجارة فقياسها عليها أولى وقولهم إنه يفضي الى أن رب المال يفسخ بعد ادراك الثمرة قلنا اذا ظهرت الثمرة فهي تظهر على ملكهما فلا يسقط حق العامل منها بفسخ ولا غيره كالمضاربة بعد ظهور الربح فعلى هذا لا يفتقر الى ضرب مدة ولذلك لم يضرب النبي ﷺ ولا خلفاؤه رضي الله عنهم لاهل خيبر مدة معلومة حين عاملوهم ولانه عقد جائز فلم يفتقر الى

فعل هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فان لم يكن له تركة أو تعذر الاستئجار فرب المال الفسخ لانه تعذر استيفاء العقود عليه فثبت الفسخ كما لو تعذر ثمن المبيع قبل قبضه

﴿ مسألة ﴾ (فان فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما فان فسخ قبل ظهورها فهل للعامل اجرة ؟

على وجهين)

أما اذا فسخ بعد ظهور الثمرة فهي بينهما كما اذا انفسخت المضاربة بعد ظهور الربح ، فعلى هذا يباع من نصيب العامل ما يحتاج اليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك وان احتيج الى بيع الجميع يبيع ثم لا يخلو ما أن يكون قد بدا صلاح الثمرة أو لا فان كان قد بدا صلاحها خيرا للمالك بين البيع والشراء فان اشترى نصيب العامل جاز وان اختار يبيع نصيبه باعه وباع الحاكم نصيب العامل وان أبى البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل يستأجر من يعمله والباقي لورثته ، وان كانت لم يبد صلاحها خيرا للمالك أضافان يسم لاجنبي لم يجوز الا بشرط القطع ، ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لانه لا يمكن قطعه إلا بقطع نصيب المالك ولا يجوز ذلك الا باذنه وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين (أحدهما) لا يجوز كلاجنبي (والثاني) يجوز كما اذا باع نخلا مؤبراً جاز للمشتري أن يبتاع الثمرة التي للبايع من غير شرط القطع وهكذا الحكم اذا انفسخت المساقاة بموت العامل اذا قلنا بجوازها وأبى الوارث العمل ، فأما ان فسخ قبل ظهور الثمرة فللعامل الاجر في أحد الوجهين لانه عمل بعوض لم يضح له فكانت له الاجرة

ضرب مدة المضاربة وسائر العقود الجائزة، ومتى فسخ أحدهما بعد ظهور الثمرة ففي بينهما على ما شرطه وعلى العامل تمام العمل كإلزام المضارب ببيع العروض إذا فسخت المضاربة بعد ظهور الربح، وإن فسخ العامل قبل ذلك فلا شيء له لأنه رضي بإسقاط حقه فصار كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح وعامل الجمالة إذا فسخ قبل تمام عمله، وإن فسخ رب المال قبل ظهور الثمرة فعليه أجر المثل للعامل لأنه منعه تمام عمله الذي يستحق به العوض فأشبهه ما لو فسخ الجاعل قبل إتمام عمل الجمالة، وفارق رب المال في المضاربة إذا فسختها قبل ظهور الربح لأن عمل هذا مفض إلى ظهور الثمرة غالباً فلو لا الفسخ لظهرت الثمرة فلك نصيبه منها وقد قطع ذلك بفسخه فأشبهه فسخ الجمالة بخلاف المضاربة فإنه لا يعلم إفضاؤها إلى الربح ولأن الثمرة إذا ظهرت في الشجر كان العمل عليها في الابتداء من أسباب ظهورها والربح إذا ظهر في المضاربة قد لا يكون للعمل الأول فيه أثر أصلاً، فأما أن قلنا إنه عقد لازم فلا يصح الأعلى مدة معلومة وبهذا قال الشافعي وقال أبو ثور يصح من غير ذكر مدة ويقع على سنة واحدة، وأجازه بعض أهل الكوفة استعساناً لأن ما شرط له جزء من الثمرة كان ذلك دليلاً على أنه أراد مدة تحصل الثمرة فيها، ولنا أنه عقد لازم فوجب تقديره بمدة كالاجارة ولأن المساقاة أشبه بالاجارة لأنها تقتضي العمل على العين مع بقائها ولأنها إذا وقعت مطلقاً لم يمكن حملها على إطلاقها مع لزومها لأنه يفضي إلى أن العامل يستبد بالشجر كل مدته فيصير كمالك ولا يمكن تقديره

كما لو فسخ بغير عذر (والثاني) لا شيء له لأن الفسخ مستند إلى موته ولا صنع لرب المال فيه أشبه إذا فسخ العامل قبل ظهور الثمرة

﴿مسئلة﴾ (وكذلك أن هرب العامل ولم يوجد له ما ينفق عليها فهو كما لو مات)

أن كان العقد جائزاً فرب الأرض الفسخ وإن قلنا بلزومه فوجد الحاكم له مالاً أو أمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعمل وإن لم يمكنه ووجد من يعمل بأجرة مؤجلة إلى وقت إدراك الثمرة فعل فإن تعذر ذلك فرب المال الفسخ لما ذكرنا، وأما الميث فلا يقتض عليه لأنه لازمة له والأولى في هذه الصورة أن لا يكون للعامل أجرة لأنه ترك العمل اختياراً منه فلم يكن له أجرة كما لو ترك العمل من غير هرب مع القدرة عليه

﴿مسئلة﴾ (فإن عمل فيها رب المال باذن حاكم أو إلهاد رجوع به وإلا فلا)

قد ذكرنا أن رب المال الفسخ فإن اختار البقاء على المساقاة لم تفسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق فإن عجز عن استئذان الحاكم فأفق بنية الرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجوع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر، وإن أمكنه استئذان الحاكم وأنفق بنية الرجوع ولم يستأذنه فهل يرجع بذلك؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير إذنه، فإن تبرع بالاتفاق لم يرجع كما لو تبرع بالصداقة والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء

بالسنة لانه تحكم وقد تكل الثمرة في أقل من السنة ، فملى هذا لا يتقدر أكثر المدة بل يجوز ما يتفقان عليه من المدة التي يبقى الشجر فيها وان طالت ، وقد قيل لا يجوز أكثر من ثلاثين سنة وهذا تحكم وتوقيت لا يصار اليه الا بنص أو إجماع ، فأما أقل المدة فيقدر بمدة تكل الثمرة فيها فلا يجوز على أقل منها لان المقصود أن يشتركا في الثمرة ولا يوجد في أقل من هذه المدة ، فان ساقاه على مدة لا تكل فيها الثمرة فالمساقاة فاسدة فاذا عمل فيها فظهرت الثمرة ولم تكل فله أجر مثله في أحد الوجهين وفي الآخر لا شيء . له لانه رضي بالعمل بغير عوض فهو كالمتبرع ، والاول أصح لان هذا لم يرض الا بعوض وهو جزء من الثمرة وذلك الجزء موجود غير أنه لا يمكن تسليمه اليه فلما تعذر دفع العوض الذي انتفع عليه اليه كان أجر مثله كافي الاجارة الفاسدة ، وفارق المتبرع فانه رضي بغير شيء . وان لم تظهر الثمرة فلا شيء له في أصح الوجهين لانه رضي بالعمل بغير عوض ، وان ساقاه الى مدة تكل فيها الثمرة غالبا فلم يحمل تلك السنة فلا شيء . فالعامل لانه عقد صحيح لم يظهر فيه النماء الذي اشترط جزؤه فأشبه المضاربة اذا لم يربح فيها وان ظهرت الثمرة ولم تكل فله نصيبه منها وعليه اتمام العمل فيها كماله وانفسخت قبل كماله ، وان ساقاه الى مدة يحتمل أن يكون للشجر ثمرة ويحتمل أن لا يكون ففي محبة المساقاة وجهان (أحدهما) تصح لان الشجر يحتمل أن يحمل ويحتمل أن لا يحمل والمساقاة جائزة فيه (والثاني) لا يصح لانه عقد على معدوم ليس الغالب وجوده فلم يصح كالمسلم في مثل ذلك ولان ذلك غرر أمكن التحرز عنه فلم يجز العقد معه كما

(فصل) قال رحمه الله (ويلزم العامل ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من السقي والحرق والزبار والتفليح والتشميس وإصلاح طرق الماء وموضع الشمس)

وجملة ذلك أنه يلزم العامل باطلاق عقد المساقاة ما فيه صلاح الثمرة وزيادتها من حرث الارض تحت الشجرة والبقر التي تحرق وآلة الحرث وسقي الشجر واستقاء الماء وإصلاح طرق الماء وقطع الحشيش المضر والشوك وقطع الشجر اليابس وزبار الكرم وقطع ما يحتاج الى قطعه وتسوية الثمرة وإصلاح الاجاحين وهي الحفر التي يجتمع فيها الماء على أصول النخل وإدارة الدولاب وحفظ الثمر في الشجر وبعده حتى يقسم ، وان كان مما يشمس فعليه تشميسه لان إطلاق عقد المساقاة يقتضي ذلك فان موضوعها على أن العمل من العامل

﴿مسئلة﴾ (وعلى رب المال ما فيه حفظ الاصل من شد الحيطان وأجر الانهار وحفر

البئر والدولاب وما يديره)

وكذلك شراء ما يلقح به إذا أطلقا العقد وان شرطاً ذلك كان تأكيذاً وقيل ما يتكرر كل عام فهو على العامل ومالا فلا ، قال شيخنا وهذا صحيح الا في شراء ما يلقح به فانه على رب المال وان تكرر لان هذا ليس من العمل ، فاما البقرة التي تدبر الدولاب فقال أصحابنا هي على رب المال لانها ليست من العمل أشبه ما يلقح به ، قال شيخنا والاولى أنها على العامل لانها تراد للعمل أشبهت بقر الحرث ولان

لو شرط ثمر نخلة بعينها، وفارق ما اذا شرط مدة تكل فيها الثمرة فان الغالب أن الشجر يحمل واحتمال أن لا يحمل نادر لم يكن التحرز عنه فان قلنا العقد صحيح فله حصته من الثمر فان لم يحمل فلا شيء له وان قلنا هو فاسد استحق أجر المثل سواء حمل أو لم يحمل لانه لم يرض بغير عوض ولم يسلم له العوض فكان له العوض وجهاً واحداً بخلاف ما لو جعل الاجل الى مدة لا يحمل في مثلها غالباً ومتى خرجت الثمرة قبل انقضاء الاجل فله حقه منها اذا قلنا بصحة العقد وان خرجت بعده فلا حق له فيها ومذهب الشافعي في هذا قريب مما ذكرنا

(فصل) ولا يثبت في المساقاة خيار الشرط لأنها ان كانت جائزة فالجائز مستغن بنفسه عن الخيار فيه، وان كانت لازمة فاذا فسخ لم يمكن رد المعقود عليه وهو العمل فيها، وأما خيار المجلس فلا يثبت ان كانت جائزة لما تقدم وان كانت لازمة فعلى وجهين (أحدهما) لا يثبت لانها عقد لا يشترط فيه قبض العوض ولا يثبت فيه خيار الشرط فلا يثبت فيه خيار المجلس كالتكاح (والثاني) يثبت لانه عقد لازم يقصد به المال أشبه البيع

(فصل) ومتى قلنا بجوازها لم ينتقل الى ضرب مدة لان ابقاءها اليها وفسخها جائز لكل واحد منهما متى شاء فلم يحتاج الى مدة كالمضاربة، وان قدرها بمدة جاز لانه لا ضرر في التقدير وقد تبيننا جواز ذلك في المضاربة والمساقاة مثلها، وتنفسخ بموت كل واحد منهما وجنونه والحجر عليه لسفه كقولنا

استقاء الماء على العامل اذا لم يحتاج الى بهيمة فكان عليه وان احتاج اليها كغيره من الاعمال وقال بعض أصحاب الشافعي ما يتعلق بالاصول والثمره مع ككسح الثمر هو على من شرط عليه منها وان أهمل شرط ذلك على أحدهما لم تصح المساقاة وقد ذكرنا ما يدل على أنه من العامل، فاما تسميد الارض بالزبل اذا احتاجت اليه فتحصيله على رب المال لانه ليس من العمل أشبه ما يلحق به وتفريقه في الارض على العامل كالتلقيح .

(فصل) فان شرطاً على أحدهما شيئاً مما يلزم الآخر فقال القاضي وأبو الخطاب لا يجوز ذلك فعلى هذا تفسد المساقاة وهو مذهب الشافعي لانه شرط يخالف مقتضى العقد فأفسده كالمضاربة اذا شرط العمل فيها على رب المال، وقد روي عن أحمد ما يدل على صحة ذلك فانه ذكر أن الجذاذ نعليها فان شرطه على العامل جاز لانه شرط لا يخل بمصلحة العقد ولا مفسدة فيه فصح كتأجيل الثمن في البيع وشرط الرهن والضمين والخيار فيه لكن يشترط أن يكون ما يلزم كل واحد منهما من العمل معلوماً لئلا يفضي الى التنازع فيختل العمل، وان لا يكون على رب المال أكثر العمل ولا نصفه لان العامل إنما يستحق بعمله فاذا لم يعمل أكثر العمل كان وجود عمله كعدمه فلا يستحق شيئاً

(فصل) فان شرط أن يعمل معه غلمان رب المال فهو كعمل رب المال فان يد الغلام كيد مولاه وقال أبو الخطاب فيه وجهان أحدهما كما ذكرنا والثاني يجوز لان غلمان ماله فجاز أن يجعل تبعاً لاله ككثير

في المضاربة فإذا مات العامل أو رب المال انفسخت المساقاة فكان الحكم فيها كما لو فسخها أحدهما على ما أسلفناه ، وإن قلنا بلزومها لم يفسخ العقد ويقوم الوارث مقام الميت منهما لأنه عقد لازم فأشبهه الاجارة ، لكن إن كان الميت العامل فأبي وارثه القيام مقامه لم يجبر لأن الوارث لا يلزمه من الحقوق التي على موروثه إلا ما أمكن دفعه من تركته والعمل ليس مما يمكن ذلك فيه ، فعلى هذا يستأجر الحاكم من التركة من يعمل العمل فإن لم تكن له تركة أو تعذر الاستئجار منها فلرب المال الفسخ لأنه تعذر استيفاء المعقود عليه فيثبت الفسخ كالأمر تعذر ثمن المبيع قبل قبضه . ثم إن كانت الثمرة قد ظهرت بيع من نصيب العامل ما يحتاج إليه لاجر ما بقي من العمل واستؤجر من يعمل ذلك ، وإن احتيج إلى بيع الجميع بيع ، ثم لا يخلو أما أن تكون الثمرة قد بدا صلاحها أو لم يبدأ فإن كانت قد بدا صلاحها خير المالك بين البيع والشراء ، فإن اشترى نصيب العامل جاز وإن اختار بيع نصيبه أيضاً بآءه وباع الحاكم نصيب العامل وإن أبا البيع والشراء باع الحاكم نصيب العامل وحده وما بقي على العامل من العمل يكتري عليه من عمله وما فضل لورثته ، وإن كان لم يبدأ صلاحها خير المالك أيضاً فإن بيع لأجنبي لم يجز إلا بشرط القطع ولا يجوز بيع نصيب العامل وحده لأنه لا يمكنه قطعه إلا بقطع نصيب المالك فيقف إمكان قطعه على قطع ملك غيره ، وهل يجوز شراء المالك لها ؟ على وجهين ، وهكذا الحكم إذا انفسخت المساقاة بموت العامل لقولنا بجوازها وأبي الوارث العمل ، وإن اختار رب المال البقاء على المساقاة

الدولاب وكما يجوز في القراض أن يدفع إلى العامل بهيمة يحمل عليها ، وأما رب المال لا يجوز جعله تبعاً وهذا قول مالك والشافعي ومحمد بن الحسن ، فإذا شرط غلماناً يعملون معه فنفتقتهم على ما يشترطان عليه فإن أطلقا فهي على رب المال وبهذا قال الشافعي وقال مالك نفتقتهم على المساقى ولا ينبغي أن يشترطها على رب المال لأن العمل على المساقى فؤونة من عمله عليه كؤونة غلمانة

ولنا أنه مملوك رب المال فكانت نفقته عليه عند الإطلاق كما لو أجره فإن شرطها على العامل جاز ولا يشترط تقديرها وبه قال الشافعي وقال محمد بن الحسن يشترط لأنه اشترط عليه ما يلزمه فوجب أن يكون معلوماً كسائر الشروط

ولنا أنه لو وجب تقديرها لوجب ذكر صفاتها ولا يجب ذلك فلم يجب تقديرها ولا بد من معرفة الغلمان المشروط عملهم برؤية أو صفة تحصل بها معرفتهم كما في عقد الاجارة

(فصل) فإن شرط العامل أن أجر الاجراء الذين يحتاج إلى الاستعانة بهم من الثمرة وقدر الاجرة لم يصح لأن العمل عليه فإذا شرط أجرة من المال لم يصح كما لو شرط لنفسه أجر عمله وكذلك إن لم يقدره لذلك لأنه مجهول ، ويفارق هذا ما إذا شرط المضارب أجر من يحتاج إليهم من الخالين ونحوهم لأن ذلك لا يلزم العامل فكان على المال ولو شرط أجر ما يلزمه عمله يتنفسه لم يصح

(مسئلة) (وحكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وفيما يرد)

لم تنسخ إذا قلنا بلزومها ويستأذن الحاكم في الاتفاق على الثمرة ويرجع بما أنفق ، فإن عجز عن استئذان الحاكم فأنفق محتسباً بالرجوع وأشهد على الاتفاق بشرط الرجوع رجع بما أنفق وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأنه مضطر ، وإن أمكنه استئذان الحاكم فأنفق بنية الرجوع من غير استئذانه فهل يرجع بذلك ؟ على وجهين بناء على ما إذا قضى دينه بغير اذنه ، وإن تبرع بالاتفاق لم يرجع بشيء . كما لو تبرع بالصدقة ، والحكم فيما إذا أنفق على الثمرة بعد فسخ العقد إذا تعذر بيعها كالحكم ههنا سواء (فصل) وإن هرب العامل فلرب المال الفسخ لأنه عقد جائز ، وإن قلنا بلزومه فحكمه حكم ماله مات وأبى وارثه أن يقوم مقامه إلا أنه ان لم يجد الحاكم له مالا وأمكنه الاقتراض عليه من بيت المال أو غيره فعل ، وإن لم يمكنه ووجد من يعمل باجرة مؤجلة إلى وقت ادراك الثمرة فعل فإن لم يجد فلرب المال الفسخ أما الميت فلا يقتضى عليه لأنه لازمة له

(فصل) والعامل أمين والقول قوله فيما يدعيه من هلاك وما يدعي عليه من خيانة لأن رب المال ائتمنه بدفع ماله إليه فهو كالمضارب فإن أهم حلف فإن ثبتت خيانتة باقرار أو بينة أو نكوله ضم إليه من يشرف عليه فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله ففسق بغير الخيانة ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ، ولا نسلم إمكان استيفاء

لأن رب المال ائتمنه فأشبه المضارب فإن أهم حلف وإن ثبتت خيانتة ضم إليه من شاء ربه كالوصي إذا ثبتت خيانتة فإن لم يمكن حفظه استؤجر من ماله من يعمل عمله ، وبهذا قال الشافعي وقال أصحاب مالك لا يقام غيره مقامه بل يحفظ منه لأن فسقه لا يمنع استيفاء المنافع المقصودة منه فأشبهه ماله ففسق بغير الخيانة

ولنا أنه تعذر استيفاء المنافع المقصودة منه فاستوفيت بغيره كما لو هرب ولا نسلم إمكان استيفاء المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا نقول إن له فسخ المساقاة وإنما نقول لما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك يعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حقل فلا يلزم رب المال أئمانك وفارق فسقه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال فيها وههنا يفوت ماله ، فإن عجز عن العمل لضعفه مع أماتته ضم إليه غيره ولا تنزع يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه تمام العمل وهذا من تمامه (فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو تلفت كلها إلا واحدة كانت بينهما وهذا أحد

قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالمضارب

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاء كسائر الشروط الصحيحة ومقتضاء كون الثمرة بينهما على كل حال ، وإما القراض فنقول إنه يملك الربح بالظهور كمثلتنا وإن سلم فالفرق بينهما أن الربح وقاية

المنافع منه لأنه لا يؤمن من تركها ولا يوثق منه بفعلها ولا تقول إن له فسخ المساقاة ، وإنما لم يمكن حفظها من خيانتك أقم غيرك بعمل ذلك وارفع يدك عنها لأن الأمانة قد تعذرت في حثك فلا يلزم رب المال اثباتك وفارق فسخه بغير الخيانة فإنه لا ضرر على رب المال وههنا يفوت ماله

(فصل) فإن عجز عن العمل لضعفه مع أمانته ضم إليه غيره ولا ينزع من يده لأن العمل مستحق عليه ولا ضرر في بقاء يده عليه ، وإن عجز بالكلية أقام مقامه من يعمل والاجرة عليه في الموضعين لأن عليه توفية العمل وهذا من توفيقه

(فصل) وإن اختلفا في الجزء المشروط للعامل فالقول قول رب المال ذكره ابن حامد وقال مالك القول قول العامل إذا ادعى ما يشبهه لأنه أقوى سبباً لتسليمه للحائط والعمل ، وقال الشافعي بتحالفاً وكذلك إن اختلفا فيما تناولته المساقاة من الشجر

ولنا أن رب المال منكر لزيادة التي ادعاهما العامل فيكون القول قوله لقوله عليه السلام «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» فإن كان مع أحدهما بينة حكم بها وإن كان مع كل واحد منهما بينة ففي أيهما تقدم بينته ؟ وجهان بناء على بينة الداخل والخارج ، فإن كان الشجر لاثنتين فصدق أحدهما العامل وكذبه الآخر أخذت نصيبه من مال المصدق فإن شهد على المنكر قبلت شهادته إذا كان عدلاً لأنه لا يجر إلى نفسه نفعاً ولا يدفع ضرراً ويحلف مع شاهده وإن لم يكن عدلاً كانت شهادته كدهاء ، ولو كان العامل اثنتين ورب المال واحداً فشهد أحدهما على صاحبه قبلت شهادته أيضاً لما ذكرنا

لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية لشيء فإنه لو تلفت الأصول كلها كان الثمر بينهما . إذا ثبت ذلك فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة حصته إذا بلغت نصيباً نص عليه أحد في المزارعة فإن لم تبلغ نصيباً إلا بجمعهما لم تجب إلا على قولنا إن الخلطة تؤثر في غير السائمة ، فيبدأ باخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي فإن بلغت حصته نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة وحده يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يتم به التصاب من موضع آخر فيجب عليها جميعاً ، وإن كان أحدهما لا زكاة عليه كالمسكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً وبهذا كله قال مالك والشافعي وقال الليث إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بعد الزكاة ما بقي

ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلم يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها وقد روى أبو داود في سننه عن عائشة رضي الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل ثم يخبر يهود خيبر يأخذونه بذلك الحرص أم يدفعونه إليهم بذلك الحرص ؟ لكي تحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار ويفترق قال جابر خرصها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خبرهم ابن رواحة أخذوا الثمر وعليهم عشرون ألف وسق

(فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدنه أليل

(فصل) ويملك العامل حصته من الثمرة بظهورها فلو أنفقت كلها الا واحدة كانت بينهما وهذا أحد قولي الشافعي والثاني يملكه بالمقاسمة كالفراض

ولنا أن الشرط صحيح فيثبت مقتضاه كسائر الشروط الصحيحة، ومقتضاه كون الثمرة بينهما على كل حال لأنه لو لم يملكها قبل القسمة لما وجبت القسمة ولا ملكها كالأصول، وأما الفراض فإنه يملك الربح فيه بالظهور كاستئنا ثم الفرق بينهما أن الربح وقاية لرأس المال فلم يملك حتى يسلم رأس المال لربه وهذا ليس بوقاية شيء. ولذلك لو أنفقت الأصول كلها كانت الثمرة بينهما. فإذا ثبت هذا فإنه يلزم كل واحد منهما زكاة نصيبه إذا بلغت حصته نصيباً نص عليه أحد في المزارعة وإن لم تبلغ النصاب إلا بجمعهما لم يجب لأن الخلطة لا تؤثر في غير المواشي في الصحيح وعنه أنها تؤثر فتؤثر هنا فيبدأ بإخراج الزكاة ثم يقسمان ما بقي، وإن كانت حصة أحدهما تبلغ نصيباً دون الآخر فعلى من بلغت حصته نصيباً الزكاة دون الآخر يخرجها بعد المقاسمة إلا أن يكون لمن لم تبلغ حصته نصيباً ما يتم به النصاب من مواضع أخرى فوجب عليه جميعاً الزكاة وكذلك إن كان لأحدهما ثمر من جنس حصته يبلغان مجموعهما نصيباً فاعليه الزكاة في حصته، وإن كان أحدهما شريكين ممن لا زكاة عليه كالمكاتب والذي فعلى الآخر زكاة حصته إن بلغت نصيباً وبهذا كله قال مالك والشافعي، وقال القبيث إن كان شريكه نصرانياً أعلمه أن الزكاة مؤداة في الحائط ثم يقاسمه بقدر الزكاة ما بقي ولنا أن النصراني لا زكاة عليه فلا يخرج من حصته شيء كما لو انفرد بها، وقد روى أبو داود

نحب سواء أثمرت الشجرة أو لم تثمر ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبه قال الشافعي، وقد نقل أحد في الذي يتقبل الأرض البيضاء لعمل عليها وهي من أرض السواد يقبلها من السلطان فعلى من تقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي الشر بعد وظيفة عمر وهذا معناه والله أعلم إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ بخراجها ثم يزكي ما بقي كما ذكر الخريفي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا

(فصل) ولا يجوز أن يحمل له فضل دراهم زائدة على ما شرط له من الثمرة بغير خلاف لأنه ربما يحدث من التواء بقدر تلك الدراهم فيضر برب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقترعة معلومة فإن جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه عليها فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه لم يجوز وكذلك لو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فهذا يفسد العقد سواء جعل ذلك كله حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لأنه يخالف موضوع المساقاة إذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) إذا ساقاه رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض أو الشجر لم يجوز وبه قال أبو يوسف وأبو نوري وأجازاه مالك إذا جاء برجل أمين

في السنن عن عائشة رضي الله عنها قالت : كان رسول الله ﷺ يبعث عبد الله بن رواحة فيحرص النخل حين يطيب قبل أن يؤكل منه ثم يخير يهود خيبر يأخذونه بذلك الحرص أم يدفعونه اليهم بذلك الحرص لكي نحصى الزكاة قبل أن تؤكل الثمار وتفرق . قال جابر خرسها ابن رواحة أربعين ألف وسق وزعم أن اليهود لما خيرهم ابن رواحة أخذوا التمر وعليهم عشرون ألف وسق (فصل) وإن ساقاه على أرض خراجية فالخراج على رب المال لأنه يجب على الرقبة بدليل أنه يجب سواء أثمرت الشجرة أو لم تنمرو ولأن الخراج يجب أجرة للأرض فكان على رب الأرض كما لو استأجر أرضاً وزارع غيره فيها وبهذا قال الشافعي ، وقد نقل عن أحمد في الذي يتقبل الأرض البيضاء ليعمل عليها وهي من أرض السواد يتقبلها من السلطان فعلى من يقبلها أن يؤدي وظيفة عمر رضي الله عنه ويؤدي العشر بعد وظيفة عمر ، وهذا معناه والله أعلم : إذا دفع السلطان أرض الخراج إلى رجل يعملها ويؤدي خراجها فإنه يبدأ فيؤدي خراجها ثم يزكي ما بقي كذا ذكره الخرقي في باب الزكاة ولا تنافي بين ذلك وبين ما ذكرناه هنا إن شاء الله تعالى

﴿ مسألة ﴾ قال (ولا يجوز أن يجعل له فضل دراهم)

يعني إذا شرط جزء معلوماً من الثمرة ودراهم معلومة كعشرة ونحوها لم يجوز بغير خلاف لأنه

ولما أنه عامل في المال بجزء من ثمائه فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ولأنه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل ، فأما أن استأجر أرضاً فإنه يزارع غيره فيها لأن منافعتها صارت مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاحرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لأنها كالاستأجرة . وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لأنه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم فيه خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه ربه وثمرته لأنه عين ماله ولاحق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكها ولا أجرة له لذلك وله على الغاصب أجر مثله لأنه غره واستعمله فأشبه ما لو غصب نقرة واستأجر من ضربها دراهم ، وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربه وإن نقصت فله أرش نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر الضمان على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسها وأكلها فللمالك تضمين من شاء منها فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه وتضمين العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف حصل في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطمع انساناً

ربما لم يحدث من الماء ما يساري تلك لدرام فيتضرر رب المال ولذلك منعنا من اشتراط اقتره معلومة ولو شرط له درام منفردة عن الجزء لم يجوز لذلك ولو جعل له ثمرة سنة غير السنة التي ساقاه فيها أو ثمر شجر غير الشجر الذي ساقاه عليه أو شرط عليه عملاً في غير الشجر الذي ساقاه عليه أو عملاً في غير السنة فسد العقد سواء جعل ذلك كل حقه أو بعضه أو جميع العمل أو بعضه لانه يخالف موضوع المساقاة اذ موضوعها أن يعمل في شجر معين بجزء مشاع من ثمرته في ذلك الوقت الذي يستحق عليه فيه العمل

(فصل) واذا ساقى رجلاً أو زارعه فعامل العامل غيره على الأرض والشجر لم يجوز ذلك ، وبهذا قال أبو يوسف وأبو ثور وأجازوه مالك إذا جاء برجل أمين . ولنا أنه عامل في المال بجزء من ثمرته فلم يجوز أن يعمل غيره فيه كالمضارب ولأنه أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل فأما ان استأجر أرضاً فله أن يزارع غيره فيها لأنها صارت منافعها مستحقة له فذلك المزارعة فيها كالمالك والاجرة على المستأجر دون المزارع كما ذكرنا في الخراج ، وكذلك يجوز لمن في يده أرض خراجية أن يزارع فيها لانه بمنزلة المستأجر لها ، وللموقوف عليه أن يزارع في الوقف ويساقى على شجره لانه إما مالك لرقبة ذلك أو بمنزلة المالك ولا نعلم في هذا خلافاً عند من أجاز المساقاة والمزارعة والله أعلم (فصل) واذا ساقاه على ودي النخل أو صغار الشجر الى مدة يحمل فيها غالباً ويكون له فيها

شيئاً وقال كله فانه طعامي ثم تبين أنه مقصوب ، وان ضمن العامل احتمل أنه لا يضمنه الا نصيبه خاصة لانه ما قبض الثمرة كلها وانما كان مراعيّاً لها وحافظاً فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لان يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فان ضمنه الكل رجع على الفاضل بدل نصيبه منها وأجر مثله ، وان ضمن كل واحد منهما ما ساقى اليه وجزم العامل على الفاضل بأجر مثله لا غير وان تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فن حمل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن قال لا يكون قابضاً الا بأخذ نصيبه منها قال لا يلزمه ضمانها ويكون على الفاضل

(مسألة) (وان شرط إن سقى سيحاً فله الربع وان سقى بكلفة فله النصف وان زرعها شعيراً فله الربع وان زرعها حنطة فله النصف لم يصح في أحد الوجهين)

لان العمل مجهول والنصيب مجهول وهو في معنى بيعتين في بيعة (والثاني) يصح بناء على قوله في الاجارة ان خطته رومياً فلك درهم وان خطته فارسياً فلك نصف درهم فانه يصح في المنصوص عنه وهذا مثله ، فأما إن قال ما زرعتها من شيء فلي نصفه صح لان النبي ﷺ ساقى أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر ولو جعل له في المزارعة ثلث الحنطة ونصف الشعير وثاني الباقي وبنا قدر ما يزرع من كل واحد من هذه الانواع اما بتقدير البذر أو تقدير المسكان وتعيينه مثل أن يقول

جزء من الثمرة معلوم صح لانه ليس فيه أكثر من ان عمل العامل يكتر ونصيبه يقل وهذا لا ينم صحتها كما لو جعل له سهما من الف سهم، وفيه الاقسام التي ذكرنا في كبار النخل والشجر وهي اثنا ثلثة المساقاة عقد جائز لم نحتاج الى ذكر مدة، وان قلنا هو لازم ففيه ثلاثة أقسام (أحدها) أن يجعل المدة زمنا يحمل فيه غالبا فيصح فان حمل فيها فله ما شرط له وان لم يحمل فيها فلا شيء له (الثاني) أن يجعلها الى زمن لا يحمل فيه غالبا فلا يصح وان عمل فيها فهل يستحق الاجر؟ على وجهين، وان حمل في المدة لم يستحق ما جعل له لان العقد وقم فاسدا فلم يستحق ما شرط فيه (والثالث) أن يجعل المدة زمنا يحتمل أن يحمل فيها ويحتمل أن لا يحمل فهل يصح؟ على وجهين فان قلنا لا يصح استحق الاجر وان قلنا يصح فحمل في المدة استحق ما شرط له وان لم يحمل فيها لم يستحق شيئا، وان شرط نصف الثمرة ونصف الاصل لم يصح لان موضوع المساقاة ان يشتركا في الثمار والفائدة فاذا شرط اشتراكهما في الاصل لم يجوز كما لو شرط في المضاربة اشتراكهما في رأس المال، فعلى هذا يكون له أجر مثله وكذلك لو جعل له جزءا من ثمرتها مدة بقائها لم يجوز وان جعل له ثمرة عام بعد مدة المساقاة لم يجوز لانه يخالف موضوع المساقاة

(فصل) وان ساقاه على شجر يفرسه ويعمل فيه حتى يحمل ويكون له جزء من الثمرة معلوم صح أيضا والحكم فيه كما لو ساقاه على صغار الشجر على ما بيناه

تزرع هذا المكان قمحا وهذا شعيراً أو تزرع مدين حنطة ومدي شعير جاز لان كل واحد من هذه طريق الى العلم فاكتفى به

(مسئلة) (وان قال مازرعت من شعير فلي ربه وما زرعت من حنطة فلي نصفه لم يصح) لان ما يزرعه من كل واحد منهما مجهول القدر فهو كما لو شرط له في المساقاة ثلث هذا النوع ونصف النوع الآخر وهو جاهل بما فيه منها
(مسئلة) (ولو قال سافيتك هذا البستان بالنصف على أن أساقيك الآخر بالربع لم يصح وجهاً واحداً)

لانه يشترط عقداً في عقد فصار في معنى قوله بعتك هذا على أن تبيعني هذا وتشتري مني هذا وإنما نسف لمعينين (أحدهما) أنه شرط في العقد عقداً آخر والنعم الحاصل بذلك مجهول فكأنه شرط العوض في مقابلة معلوم ومجهول (الثاني) أن المقدار الآخر لا يلزم بالشرط فيسقط الشرط وإذا سقط وجب رد الجزء الذي تركه من العوض لاجله وذلك مجهول فيصير الكل مجهولاً

(فصل) ولو قال لك الحسن ان كانت عليك خسارة وان لم يكن عليك خسارة فلك الربع لم يصح نص عليه أحمد وقال هذا شرطان في شرط وكرهه، قال شيخنا ويخرج فيها مثل ما إذا شرط ان سقى سبعا له الربع وان سقى بكلفة فله النصف

وقد قال أحمد في رواية المروذي في رجل قال لرجل اغرس في أرضي هذه شجرة أو نخلا فما كان من غلة فلك بعمل كذا وكذا سهما من كذا وكذا، فأجازه واحتج بحديث خبير في الزرع والنخيل لكن بشرط أن يكون الغرس من رب الأرض كما يشترط في المزارعة كون البذر من رب الأرض فإن كان من العامل خرج على الروايتين فيما إذا اشترط البذر في المزارعة من العامل، وقال القاضي المعاملة باطلة وصاحب الأرض بالخيار بين تكليفه قلعها وبضمن له أرض تقصها وبين إقرارها في أرضه ويدفع إليه قيمتها كالمشتري إذا غرس في الأرض التي اشتراها ثم جاء الشفيع فأخذها، وإن اختار العامل قلم شجره فله ذلك سواء بذل له القيمة أو لم يبذلها لانه ملكه فلم يمنع تحويله، وإن انفقا على إبقاء الغراس ودفع أجر الأرض جاز، ولو دفع أرضه إياها لرجل يغرستها على أن الشجر بينهما لم يجز على ما سبق ويحتمل الجواز بناء على المزارعة فإن المزارع يبذر في الأرض فيكون الزرع بينهما وبين صاحب الأرض

(فصل) وإن ساقى أحد الشريكين شريكه وجعل له من الثمر أكثر من نصيبه مثل أن يكون الأصل بينهما نصفين فجعل له ثلثي الثمرة صح وكان السدس حصته من المساقاة فصار كأنه قال ساقيتك على نصيبك بالثلث وإن جعل الثمرة بينهما نصفين أو جعل للعامل الثلث فهي مساقاة فاسدة لأن العامل يستحق نصفها بملكه فلم يجعل له في مقابلة عمله شيئا وإذا شرط له الثلث فقد شرط أن غير العامل يأخذ من نصيب العامل ثلثه ويستعمله بلا عوض فلا يصح فإذا عمل في الشجر بناء على هذا كانت الثمرة بينهما بحكم الملك ولا يستحق العامل بعمله شيئا لانه تبرع به لرضاه بالعمل بغير عوض فاشبه ما لو قال له أنا أعمل فيه بغير شيء وذكر أصحابنا وجها آخر أنه يستحق أجر المثل لأن المساقاة تقتضي عوضاً فلم تسقط برضاه باسقاطه كالنكاح إذا لم يسلم له المسمى يجب فيه مهر المثل

ولنا أنه عمل في مال غيره متبرعا فلم يستحق عوضاً كما لو لم يعقد المساقاة وبفارق النكاح من وجهين (أحدهما) أن عقد النكاح صحيح فوجب به العوض لصحته وهذا فاسد لا يوجب شيئاً (والثاني) أن الابضاع لا تستباح بالبذل والاباحة والعمل ههنا يستباح بذلك، ولأن المهر في النكاح لا يخلو من أن يكون واجباً بالعقد أو بالاصابة أو بهما فإن وجب بالعقد لم يصح قياس هذا عليه لوجهين (أحدهما) أن النكاح صحيح وهذا فاسد (والثاني) أن العقد ههنا لو أوجب لاوجب قبل العمل ولاخلاف أن هذا لا يوجب قبل العمل شيئاً وإن وجب بالاصابة لم يصح القياس عليه أيضاً لوجهين (أحدهما) أن الاصابة لا تستباح بالاباحة والبذل بخلاف العمل (والثاني) أن الاصابة لو خلت عن العقد لا وجبت وهذا بخلافه وإن وجب بهما امتنع القياس عليه أيضاً لهذه الوجوه كلها، فأما أن ساقى أحدهما شريكه على أن يعمل معاً فالمساقاة فاسدة والثمره بينهما على قدر ملكيهما ويتقاصان العمل أن تساويا فيه، وإن كان لأحدهما فضل نظرت فإن كان قد شرط له فضل في مقابلة عمله استحق ما فضل له من أجر المثل وإن لم يشترط فليس له شيء إلا على الوجه الذي ذكره أصحابنا وتكلمنا عليه

وهذا نظيره ، وإن دفعها على أن الأرض والشجر بينهما فالعامل فاسدة وجها واحداً ، وبهذا قال مالك والشافعي وأبو يوسف ومحمد ولا نعلم فيه مخالفاً لأنه شرط اشتراكهما في الأصل ففسد كما لو دفع إليه الشجر والنخيل ليكون الأصل والثمرة بينهما أو شرط في المزارعة كون الأرض والزرع بينهما

(فصل) وإن ساقاه على شجر فبان مستحقاً بعد العمل أخذه زبه وثمرته لأنه عين ماله ولا حق للعامل في ثمرته لأنه عمل فيها بغير إذن مالكا ولا أجر له عليه لذلك وله أجر مثله على الغاصب لأنه غره واستعمله فلزمه الأجر كما لو غصب نقرة فاستأجر من غريبها درهم وإن شمس الثمرة فلم تنقص أخذها ربهما وإن نقصت فلربها أرض نقصها ويرجع به على من شاء منهما ويستقر ذلك على الغاصب ، وإن استحققت بعد أن اقتسمها وأكلها فلربها تضمين من شاء منهما فإن ضمن الغاصب فله تضمينه الكل وله تضمينه قدر نصيبه ويضمن العامل قدر نصيبه لأن الغاصب سبب يد العامل فلزمه ضمان الجميع فإن ضمنه الكل رجع على العامل بقدر نصيبه لأن التلف وجد في يده فاستقر الضمان عليه ويرجع العامل على الغاصب بأجر مثله، ويحتمل أن لا يرجع الغاصب على العامل بشيء لأنه غره فلم يرجع عليه كما لو أطعم انساناً شيئاً وقال له كله فإنه طعامي ثم تبين أنه مغصوب، وإن ضمن العامل احتسب أنه لا يضمنه إلا نصيبه خاصة لأنه ناقض الثمرة كلها وإنما كان مراعيها وحافظها فلا يلزمه ضمانها ما لم يقبضها ويحتمل أن يضمنه الكل لأن يده ثبتت على الكل مشاهدة بغير حق فإن ضمنه الكل رجع العامل على الغاصب ببدل نصيبه منها وأجر مثله ، وإن ضمن كل واحد منهما ماصار إليه رجع العامل على الغاصب بأجر مثله لا غير ، وإن تلفت الثمرة في شجرها أو بعد الجذاذ قبل القسمة فمن جعل العامل قابضاً لها بثبوت يده على حائطها قال يلزمه ضمانها ومن لا يكون قابضاً إلا بأخذ نصيبه منها ، قال لا يلزمه الضمان ويكون على الغاصب

﴿ باب المزارعة ﴾

﴿ مسألة ﴾ قال (وتجوز المزارعة ببعض ما يخرج من الأرض)

معنى المزارعة دفع الأرض إلى من يزرعها أو يعمل عليها والزرع بينهما وهي جائزة في قول كثير من أهل العلم . قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع، وزارع

فصل في المزارعة

﴿ مسألة ﴾ (تجوز المزارعة بجزء معلوم يجعل للعامل من الزرع في قول أكثر أهل العلم قال البخاري قال أبو جعفر ما بالمدينة أهل بيت إلا ويزرعون على الثلث والربع وزارع علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين، وهو قول سعيد بن المسيب وطاوس وعبد الرحمن

علي وسعد وابن مسعود وعمر بن عبد العزيز والقاسم وعروة وآل أبي بكر وآل علي وابن سيرين ، وعن رأي ذلك سعيد بن المسيب وطارس وعبد الرحمن بن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبو يوسف ومحمد ، وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن يزيد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر ، وإن جاءوا بالبذر فلم يكرها عكرمة ومجاهد والتخمي وأبو حنيفة

وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً وأجازها الشافعي في الأرض بين النخيل إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ومنعها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال : كنا نخابر على عهد رسول الله ﷺ فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً ، وطواعية

ابن الأسود وموسى بن طلحة والزهري وعبد الرحمن بن أبي ليلى وابنه وأبي يوسف ومحمد وروي ذلك عن معاذ والحسن وعبد الرحمن بن مرثد ، قال البخاري وعامل عمر الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلم يكرها عكرمة ومجاهد والتخمي ومالك وأبو حنيفة وروي عن ابن عباس الأمران جميعاً ، وأجازها الشافعي في الأرض بين النخل إذا كان بياض الأرض أقل فإن كان أكثر فعلى وجهين ، ومنعها في الأرض البيضاء لما روى رافع بن خديج قال كنا نخابر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر أن بعض عمومته أتاه فقال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً وطواعية رسول الله صلى الله عليه وسلم أنفع ما ذاك ؟ قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرها بثلاث ولا بربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارة بأساً حتى سمعت رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها وقال جابر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخبرة ، وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها والمخبرة المزراعة واشتقاقها من الخبار وهي الأرض اللينة والخير الأكار وقيل المخبرة معاملة أهل خير وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والتصف فقال النبي صلى الله عليه وسلم « من كانت له أرض فليزرعها أو لينحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه » وروي تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد بن ثابت قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخبرة قلت وما المخبرة ؟ قال « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع » ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه ، وقد روي ذلك عن ابن عباس وجابر بن عبد الله وقال أبو جعفر عامل رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خير بالشطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع

وهذا صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلهم ثم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به وعمل به أزواج رسول الله ﷺ من بعده

رسول الله ﷺ أنفع قال قلنا ما ذاك؟ قال قال رسول الله ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها ولا يكرهها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى » وعن ابن عمر قال ما كنا نرى بالمزارعة بأساً حتى سمعنا رافع بن خديج يقول نهى رسول الله ﷺ عنها ، وقال جابر نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة . وهذه كلها أحاديث صحاح متفق عليها ،

والمحاربة المزارعة واشتقاقها من الحبار وهي الأرض المينة والخير الأكار ، وقيل المحاربة معاملة أهل خيبر ، وقد جاء حديث جابر مفسراً فروى البخاري عن جابر قال كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ « من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه » وروى تفسيرها عن زيد بن ثابت فروى أبو داود بإسناده عن زيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاربة ، قلت وما المحاربة؟ قال « أن يأخذ الأرض بنصف أو ثلث أو ربع »

ولنا ما روى ابن عمر قال إن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر متفق عليه . وقد روى ذلك ابن عباس وجابر بن عبد الله

وقال أبو جعفر عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر بالшطر ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان وعلي ثم أهلهم إلى اليوم يعطون الثلث والربع ، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات ثم خلفاؤه الراشدون حتى ماتوا ثم أهلهم من بعدهم ولم يبق بالمدينة أهل بيت إلا عمل به ، وعمل به

فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقاً تمرًا وعشرون وسقاً شعيراً فقسم عمر خيبر فخير أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع لهن من الماء والأرض أو يمتضي لهن الاوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الوسق فكانت عائشة اختارت الأرض ، فإن قيل حديث خيبر منسوخ بخبر رافع قلنا مثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فإماشيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى نسخ؟ فإن كان نسخ في حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف عمل به بعد نسخه؟ وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهاه قصة خيبر وعلمهم فيها؟ وابن كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به

فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك فأما الذهب والورق فلم ينهنا متفق عليه وفي لفظ فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس ، وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تمارض بين الحديثين (والثاني) أن خبره ورد في الكراه بثلث أو ربع والتزاع في المزارعة

أزواج رسول الله ﷺ من بعده فروى البخاري عن ابن عمر أن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر فكان يعطي أزواجه مائة وسق ثمانون وسقا تمرأ وعشرون وسقا شعيراً وقسم عمر خيبر خيبر أزواج النبي ﷺ أن يقطع لمن من الأرض والماء أو يمضي لمن الاوسق فمنهن من اختار الأرض ومنهن من اختار الاوسق فكانت عائشة اختارت الأرض . ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ لأن النسخ إنما يكون في حياة رسول الله ﷺ فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليهم عليه وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه ومتى كان نسخه ؟ فإن كان نسخه في حياة رسول الله ﷺ فكيف عمل به بعد نسخه وكيف خفي نسخه فلم يبلغ خلفاءه مع اشتهار قصة خيبر وعملهم فيها ؟ فأين كان راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به ؟ فأما ما احتجوا به فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه (أحدها) أنه قد فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساد فانه قال كنا من أكثر الانصار حقلاً فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه فنهانا عن ذلك ، فأما بالذهب والورق فلم ينهنا، متفق عليه وفي انظر فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين (الثاني) ان خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها

ولم يدل حديثه عليها أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة أتت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الثالث) ان أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف تقدم على مثل حديثنا، قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلل تدل على أن النهي كارتدادك (منها) الذي ذكرنا (ومنها) خمس أخرى وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس، قال زيد أنا أعلم بذلك منه وأما سمع النبي صلى الله عليه وسلم الرجلين قد اقتلا فقال « ان كان هذا شأنكم فلا تروا المزارع » رواه أبو داود، وروى البخاري عن عمرو ابن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الخابرة فأنهم يزعمون أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عنها قال ان أعلمهم يعني ابن عباس أخبرني أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنع أحدكم خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً » ثم ان احاديث رافع منها ما يخالف الاجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الاطلاق ومنها ما لا يختلف في فساد كما قد بينا ، وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن سماعه وتارة عن ظهير بن رافع واذا كانت اخبار رافع هكذا وجب اطراحها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خيبر الجارية مجرى التواتر التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلامعني تركها بمثل هذه الاحاديث

والجواب الرابع أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعذر الجمع وجب حمله على أنه منسوخ

أصلاً وحديثه الذي فيه المزارعة يحمل على الكراء أيضاً لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر

(الاثالث) أن أحاديث رافع مضطربة جداً مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا؟

قال الامام أحمد حديث رافع ألوان وقال أيضاً حديث رافع ضروب ، وقال ابن المنذر قد جاءت الاخبار عن رافع بعلم يدل على أن النهي كان لذلك منها ، الذي ذكرناه ومنها خمس أخرى ، وقد أنكره فقيهان من فقهاء الصحابة زيد بن ثابت وابن عباس ، قال زيد بن ثابت أنا أعلم بذلك منه ، وإنما سمع النبي ﷺ رجلين قد اقتتلا فقال « أن كان هذا شأنكم فلا تتركوا المزارع » رواه أبو داود والاثرم ، وروى البخاري عن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس لو تركت الحجارة فأنهم يزعمون أن النبي ﷺ نهى عنها ، قال ان أعلمهم — يعني ابن عباس — أخبرني ان النبي ﷺ لم ينه عنها ولكن قال « ان يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ عليها خراجاً معلوماً »

ثم إن أحاديث رافع منها ما يخالف الإجماع وهو النهي عن كراء المزارع على الإطلاق ، ومنها ما لا يختلف في فساده كما قد بينا وتارة يحدث عن بعض عمومته وتارة عن ظهور

لأنه لا بد من نسخ أحد الخبرين ويستحيل القول بنسخ خبر خير لكونه معمولاً به من جهة النبي صلى الله عليه وسلم إلى حين موته ثم من بعده إلى عصر التابعين فمتى كان نسخه؟ فأما حديث جابر في النهي عن الحجارة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فإنه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه بها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان مذبوحاً بقصة خير لاستحالة نسخه كما ذكرنا وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت ، فإن قال أصحاب الشافعي يحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي على الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) أنه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض يضاء ويبعد أن يكون قد عاملهم على بعض الأرض دون بعض فينقل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة إليه (الثاني) أن ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه ذلك عليه بعض الروايات وفسره روايه بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الأحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسرناه روايه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث) أن قولهم يفضى إلى تقييد كل واحد من الحديثين وما ذكرناه حمل لاحدهما على بعض احتمالاته لا غير (الرابع) أن فيما ذكرناه موافقه عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسنته ومعانيها فكان أولى من قول من خالفهم (الخامس) أن ما ذهبنا إليه يجمع عليه على ما رواه أبو جعفر رحمه الله عليه وما روي في مخالفته فقد بينا فساده فيكون هذا إجماع من الصحابة رضي الله عنهم (الجزء الخامس)

ابن رافع وإذا كانت أخبار رافع هكذا وجب اخراجها واستعمال الاخبار الواردة في شأن خير الجارية مجرى التوار التي لا اختلاف فيها وقد عمل بها الخلفاء الراشدون وغيرهم فلا معنى لتركها بمثل هذه الاحاديث الواهية (الجواب الرابع) انه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعدر الجرم لوجب حمل على انه منسوخ لانه لا بد من نسخ أحد الخبرين ، ويستحيل القول بنسخ حديث خير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ الى حين موته ثم من بعده الى عصر التابعين ، فنى كان نسخه ؟ وأما حديث جابر في النهي عن المحاربة فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها خبر رافع فانه قد روى حديث خير أيضاً فيجب الجمع بين حديثيه معها أمكن ثم لو حمل على المزارعة لكان منسوخاً بقصة خير لاستحالة نسخها كما ذكرنا ، وكذلك القول في حديث زيد بن ثابت . فان قال أصحاب الشافعي تحمل أحاديثكم على الأرض التي بين النخيل وأحاديث النهي عن الأرض البيضاء جمعاً بينهما قلنا هذا بعيد لوجوه خمسة (أحدها) انه يبعد أن تكون بلدة كبيرة يأتي منها أربعون ألف وسق ليس فيها أرض بيضاء ويبعد أن يكون قد علمهم على بعض الأرض دون بعض فينفل الرواة كلهم القصة على العموم من غير تفصيل مع الحاجة اليه (الثاني) ان ما يذكرونه من التأويل لا دليل عليه وما ذكرناه دل عليه بعض الروايات وفسره الراوي له بما ذكرناه ، وليس معهم سوى الجمع بين الاحاديث والجمع بينهما يحمل بعضها على ما فسره رواه به أولى من التحكم بما لا دليل عليه (الثالث)

فلا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه فان الأرض عين تسمى بالعمل فجازت المعاملة عليها ببعض ثمارها كالإبل في المضاربة والنخل في المساقاة ، ولانه أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخل ، ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض لا يقدرّون على زرعها والعمل عليها والاكرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقضت الحكمة جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل ههنا أكد لابت الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه قوتاً ولان الأرض لا ينفع بها إلا بالعمل فيها بخلاف المال والله أعلم

(مسئلة) (فان كان في الأرض شجر فزارعه الأرض وساقاه على الشجر صح)

سواء قل يياض الأرض أو كثر نص عليه أحمد وقال قد دفع النبي ﷺ خير على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة ، فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وكذلك ان قال عاملتك على النصف لان المعاملة تشبههما ، وان قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجمع له في كل نوع قدرأ ، وان قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لان المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج الى السقي ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لان المساقاة لا تتناول الأرض فصحت في النخل وحده وقيل ينبغي على تفريق الصفة

ان قولهم يفضي الى تقييد كل واحد من الحديثين ، وما ذكرناه حمل لاحدهما وحده (الرابع) ان فيما ذكرناه موافقة عمل الخلفاء الراشدين وأهلهم وفقهاء الصحابة وهم أعلم بمحدث رسول الله ﷺ وسنته ومعانيها وهو أولى من قول من خالفهم (الخامس) ان ما ذهبنا اليه مجمع عليه ، فان أبا جعفر روى ذلك عن كل أهل بيت بالمدينة ، وعن الخلفاء الأربعة وأهلهم وفقهاء الصحابة واستمرار ذلك وهذا مما لا يجوز خفاؤه ولم ينكره من الصحابة منكر فكان إجماعاً ، وما روي في مخالفته فقد بينا فساد فساد فيكون هذا إجماعاً من الصحابة رضي الله عنهم لا يسوغ لاحد خلافه والقياس يقتضيه ، فان الأرض عين تنمي بالعمل فيها فجازت المعاملة عليها ببعض ثمارها كالأمان في المضاربة والنخل في المساقاة أو نقول أرض فجازت المزارعة عليها كالأرض بين النخيل ولان الحاجة داعية الى المزارعة لان أصحاب الأرض قد لا يقدر على زرعها والعمل عليها والأجرة يحتاجون الى الزرع ولا أرض لهم فاقضت حكمة الشرع جواز المزارعة كما قلنا في المضاربة والمساقاة بل الحاجة هنا أكد لان الحاجة الى الزرع أكد منها الى غيره لكونه مقتاناً ولكون الأرض لا ينتفع بها الا بالعمل عليها بخلاف المال ويدل على ذلك قول راوي حديثهم نهانا رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعاً والشارع لا ينهي عن المنافع وانما ينهي عن المضار والمفاسد فبدل ذلك على غلط الراوي في المنهي عنه وحصول المنفعة

ولنا انه عبر عن عقد بلفظ عقد يشارك في المعنى المشهور به في الاشتقاق فصحح كالعقد بلفظ البيع في السلم ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقبتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فان قال ساقبتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد ، وليس للعامل أن يزرع وبه قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف : للدخل زرع البياض ، فان تشارطاً أن ذلك بينهما فهو جائز ، وان اشترط صاحب الأرض انه يزرع البياض لم يصح لان الداخل يستقي لرب الأرض فذلك زيادة ازدادها عليه ولنا ان هذا لم يتناول العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضاً منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضاً فيها شجرات يسيرة لم يجوز أن يشترط العامل ثمرتها وبه قال الشافعي وابن المنذر وأجازوه مالك اذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لانه يسير فيدخل تبعاً ، ولنا انه اشترط الثمرة كلها فلم يجوز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وان أجره بياض الأرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لانهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، وقيل لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى الا أن يفعله ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعاً بين العقدین أو عقداً أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في إبطال الحيل

(مسألة) (ولا يشترط كون البذر من رب الأرض وظاهر المذهب اشتراطه)

اختلفت الرواية عن أحد في هذه المسئلة فروي عنه اشتراط كون البذر من رب الأرض نص

فيا ظنه منها عنه . اذا ثبت هذا فان حكم المزارعة حكم المساقاة في أنها إنما تجوز بجزء للعامل من الزرع وفي جوازها ولزومها وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها

(فصل) واذا كان في الأرض شجر وبينه بياض أرض فساقاه على الشجر وزارعه الأرض التي بين الشجر جاز سواء قل بياض الأرض أو كثر نص عليه أحد ، وقال قد دفع النبي ﷺ خيبر على هذا وبهذا قال كل من أجاز المزارعة في الأرض المفردة فإذا قال ساقيتك على الشجر وزارعتك على الأرض بالنصف جاز ، وإن قال عاملتك على الأرض والشجر على النصف جاز لأن المعاملة تشملهما ، وإن قال زارعتك الأرض بالنصف وساقيتك على الشجر بالربع جاز كما يجوز أن يساقيه على أنواع من الشجر ويجعل له في كل نوع قدرا ، وإن قال ساقيتك على الأرض والشجر بالنصف جاز لأن المزارعة مساقاة من حيث أنها تحتاج إلى السقي فيها لحاجة الشجر إليه ، وقال أصحاب الشافعي لا يصح لأن المساقاة لا تتناول الأرض وتصح في النخل وحده وقبل ينبنى على تفريق الصفة

ولنا أنه عبر عن عقد بلفظ عقد بشاركة في المعنى المشهورة في الاشتقاق فصح كما لو عبر بلفظ البيع في السلم ، لأن المقصود المعنى وقد علم بقرائن أحواله ، وهكذا إن قال في الأرض البيضاء ساقيتك على هذه الأرض بنصف ما يزرع فيها ، فأما إن قال ساقيتك على الشجر بالنصف ولم يذكر الأرض لم تدخل في العقد وليس للعامل أن يزرع وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك وأبو يوسف للداخل زرع البياض فإن

عليه في رواية جماعة وهو اختيار الحرقى وعامة الأصحاب وهو قول ابن سيرين والشافعي واسحاق لأنه عقد يشترك رب المال والعامل في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالمساقاة والمضاربة ، وروى عنه ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فإنه قال في رواية مهناتي الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يدفعها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أنه له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك فدفع النبي ﷺ خيبر على هذا ، فأجاز دفع الأرض ليزرعها من غير ذكر البذر ، فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز ، روي نحوه ذلك عن عمر رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو أصح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ، ولعلمهم أرادوا به أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً ، والدليل على ذلك قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله ﷺ شطر ثمرها وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر وظاهره أن البذر من أهل خيبر ، والأصل المعمول به في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجوز تركه لأنه وإن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فروى البخاري عنه أنه عامل الناس على

نشارطا أن ذلك بينهما فهو جائز ، وإن اشترط صاحب الارض أنه يزرع البياض لم يصلح لأن الداخل يسقي لب الارض فتلك زيادة ازدادها عليه

ولنا أن هذا لم يتناوله العقد فلم يدخل فيه كما لو كانت أرضا منفردة

(فصل) وإن زارعه أرضا فيها شجرات يسيرة لم يجوز أن يشترط العامل عمرتها وهذا قال الشافعي وابن المنذر وأجازة مالك إذا كان الشجر بقدر الثلث أو أقل لأنه يسير فيدخل تبعاً . ولنا أنه اشترط الثمرة كلها فلم يجوز كما لو كان الشجر أكثر من الثلث

(فصل) وإن أجره بياض أرض وساقاه على الشجر الذي فيها جاز لأنهما عقدان يجوز افراد كل واحد منهما فجاز الجمع بينهما كالبيع والاجارة ، ويحتمل أن لا يجوز بناء على الوجه الذي لا يجوز الجمع بينهما في الاصل والاول أولى إلا أن يفعل ذلك حيلة على شراء الثمرة قبل وجودها أو قبل بدو صلاحها فلا يجوز سواء جمعا بين العقدین أو عقدا أحدهما بعد الآخر لما ذكرنا في ابطال الحيل

(مسألة) قال (إذا كان البذر من رب الارض)

ظاهر المذهب أن المزارعة إنما تصح إذا كان البذر من رب الارض والعمل من العامل نص عليه أحمد في رواية جماعة واختاره عامة الاصحاب وهو مذهب ابن سيرين والشافعي واسحاق لأنه عقد يشترك العامل ورب المال في نمائه فوجب أن يكون رأس المال كله من عند أحدهما كالساقاة والمضاربة

أنه ان جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وان جاء وابالبذر فلهم كذا ، وظاهر هذا أن ذلك اشترط فلم ينكر فكان إجماعاً ، فان قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعة فكيف يفعله عمر ؟ قلنا يحمل على انه فعل ذلك ليخبرهم في أي العقدین شاءوا فمن اختار عقداً عقده معه معينا كما لو قال في البيع ان شئت بعثك بعشرة صحاح وان شئت بأحد عشر مكسرة فاختار أحدهما فمقد البيع عليه معينا ، ويجوز أن يكون بحيث بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ، ولهذا روي عن أحمد صحة الاجارة فيما إذا قال ان خطه روميا فلك درهم وان خطه فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من التماس بخالف ظاهر النص والاجماع الذي ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان بيدن صاحب أحدهما

(فصل) فان كان البذر منهما نصفين وشرطا أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وان كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره لكن ان حكنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء وان قلنا من شرط صحتها أن يكون البذر من رب الارض فهي فاسدة فعلى العامل نصف اجر الارض وله على رب الارض نصف أجر عمله فيتقاصان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل ، وان شرطا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع وان قلنا بفسادها فالزرع بينهما

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن البذر يجوز أن يكون من العامل فانه قال في رواية منها- في الرجل يكون له الأرض فيها نخل وشجر يذهبها إلى قوم يزرعون الأرض ويقومون على الشجر على أن له النصف ولهم النصف فلا بأس بذلك، وقد دفع النبي ﷺ خير على هذا، فأجاز دفع الأرض لزرعها من غير ذكر البذر. فعلى هذا أيهما أخرج البذر جاز، وروي نحو ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف وطائفة من أهل الحديث وهو الصحيح إن شاء الله تعالى

وروي عن سعد وابن مسعود وابن عمر أن البذر من العامل ولعلمهم أرادوا أنه يجوز أن يكون من العامل فيكون كقول عمر ولا يكون قولاً ثالثاً. والدليل على صحة ما ذكرنا قول ابن عمر دفع رسول الله ﷺ إلى يهود خيبر نخل خيبر وأرضها على أن يعملوها من أموالهم ولرسول الله صلى الله عليه وسلم شطر ثمرها

وفي لفظ على أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها. أخرجهما البخاري فجعل عملها من أموالهم وزرعها عليهم ولم يذكر شيئاً آخر، وظاهره أن البذر من أهل خيبر، والأصل المول عليه في المزارعة قصة خيبر ولم يذكر النبي ﷺ أن البذر على المسلمين ولو كان شرطاً لما أخل بذكره ولو فعله النبي ﷺ وأصحابه لنقل ولم يجوز الإخلال بنقله، ولأن عمر رضي الله عنه فعل الأمرين جميعاً فإن البخاري

على قدر البذر ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك إن تفاضلا في البذر وشرطاً التساوي في الزرع أو شرطاً لاحدهما أكثر من قدر بذر أو أقل

(فصل) فإن قال صاحب الأرض أجرتك نصف أرضي بنصف البذر ونصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لأن المنفعة غير معلومة وكذلك لو جعلها اجرة لأرض أخرى أو داراً لم يجوز والزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض فإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وإن كان الزرع بينهما ويحتمل أن لا يصح لأن البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة برك وآ لك وأخرج البذر فهي كالثي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال

(مسألة) (فإن شرط أن يأخذ رب الأرض مثل بذر أو يقتل الباقي لم يصح)

لأنه كأنه اشترط لنفسه ففازنا معلومة وهو شرط فاقصد تفسد به المزارعة لأن الأرض ربما لا تخرج إلا تلك التفران فيختص رب المال بها وربما لا تخرجها وموضوع المزارعة على اشتراكهما في الزرع

(مسألة) وكذلك لو شرطاً لاحدهما دراهم معلومة أو زرع ناحية معينة أو شرطاً لاحدهما ما على الجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد بأجماع العلماء

لأن الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولأنه ربما تلف ما بين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثمة دون صاحبه

المغني والشرح الكبير) صحة كون البذر منهما نصفين بشرط أن يكون الزرع بينهما كذلك ٥٩١

روى عنه أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا فظاهر هذا أن ذلك اشتهر فلم ينكر فكان اجماعاً ، فإن قيل هذا بمنزلة بيعتين في بيعه فكيف يفقه عمر رضي الله عنه ؟ قلنا يحتمل أنه قال ذلك ليخيرهم في أي المقتدين شاءوا فن اختار عقداً عقده معهما كما لو قال في البيع ان شئت بعتهك بعشرة صحاح ، وإن شئت بأحد عشر مكسورة فاختار أحدهما ففقد البيع معه عليه معينا ، ويجوز أن يكون محيئه بالبذر أو شروعه في العمل بغير بذر مع اقرار عمر له على ذلك وعلمه به جرى مجرى العقد ولهذا روي عن أحمد رحمه الله صحة الاجارة فيما إذا قال إن خطته روميا فلك درهم وإن خطته فارسيا فلك نصف درهم ، وما ذكره أصحابنا من القياس يخالف ظاهر النص والاجماع الذين ذكرناهما فكيف يعمل به ؟ ثم هو منتقض بما إذا اشترك مالان وبدن صاحب أحدهما (فصل) فإن كان البذر منهما نصفين وشرط أن الزرع بينهما نصفان فهو بينهما ، سواء قلنا بصحة المزارعة أو فسادها لأنها ان كانت صحيحة فالزرع بينهما على ما شرطاه وإن كانت فاسدة فلكل واحد منهما بقدر بذره ، لكن إن حكمنا بصحتها لم يرجع أحدهما على صاحبه بشيء ، وإن قلنا من شرط صحتها إخراج رب المال البذر فهي فاسدة فعلى العامل نصف أجر الأرض وله على رب الأرض نصف أجر عمله فيقاسان بقدر الأقل منهما ويرجع أحدهما على صاحبه بالفضل . وإن شرطنا التفاضل في الزرع وقلنا بصحتها فالزرع بينهما على ما شرطاه ولا تراجع بينهما ، وإن قلنا بفسادها فالزرع بينهما على قدر بذرها ويتراجعان كما ذكرنا وكذلك ان تفاضلا في البذر وشرطا التساوي في الزرع أو شرطا لأحدهما أكثر من قدر بذره أو أقل

(مسئلة) متى فسد فالزرع لصاحب البذر

لانه عين ماله ينقلب من حال الى حال وينمي فهو كصغار الشجر اذا غرس فطال وعليه اجرة صاحبه فان كان البذر من العامل فعليه اجرة الأرض لان ربها إنما بذلها بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافعتها الفاتئة بزرعها على الزارع وان فسدت والبذر من رب الأرض فالزرع له لما ذكرنا وعليه مثل أجر العامل لذلك وان كان منهما فالزرع بينهما على قدر البذر ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على ما ذكرنا

(مسئلة) وحكم المزارعة حكم المساقاة

فما ذكرنا من الجواز وال لزوم وأنها لا تجوز إلا بمجزء للعامل من الزرع وما يلزم العامل ورب الأرض وغير ذلك من أحكامها لأنها معاملة على الأرض ببعض ثمارها

(مسئلة) والحصاد على العامل نص عليه وكذلك الجذاذ وعنه أن الجذاذ عليهما

الجذاذ والحصاد والقاطط على العامل نص عليه أحمد في الحصاد وهو مذهب الشافعي لانه من العمل فكان على العامل كالتشميس ، وروي عن أحمد في الجذاذ انه اذا شرط على العامل فحائز لان العمل عليه وان لم بشرطه فعلى رب المال بمحصة ما يصير اليه وعلى العامل بمحصة ما يصير اليه فجعل الجذاذ

(فصل) فان قال صاحب الارض أجرتك نصف أرضي هذه بنصف بذرك ونصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج المزارع البذر كله لم يصح لان المنفعة غير معلومة ، وكذلك لو جعلها أجرة لأرض أخرى أو دار لم يجز ويكون الزرع كله للمزارع وعليه أجر مثل الأرض ، وإن أمكن علم المنفعة وضبطها بما لا يختلف معه ومعرفة البذر جاز وكان الزرع بينهما ، ويحتمل أن لا يصح لان البذر عوض في الاجارة فيشترط قبضه كما لو كان مبيعاً وما حصل فيه قبض ، وإن قال أجرتك نصف أرضي بنصف منفعتك ومنفعة بقرك وآلتك وأخرج البذر فهي كالتي قبلها إلا أن الزرع يكون بينهما على كل حال .

(مسألة) قال (فان اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره ويتقسما بقي لم يجز)

وكانت للمزارع أجرة مثله وكذلك يبطل إن أخرج المزارع البذر ويصير الزرع للمزارع وعليه أجرة الأرض ، أما إذا اتفقا على أن يأخذ رب الأرض مثل بذره فلا يصح لانه كأنه اشترط لنفسه قفراً ما معلومة وذلك شرط فاسد تنسد به المزارعة لان الأرض ربما لا يخرج منها إلا تلك القفزان فيختص رب المال بها وربما لا يخرجها الأرض ، وأما إذا أخرج المزارع البذر فهو مبني على الروايتين في صحة هذا الشرط

وقد ذكر الحنفي أنه فاسد فاذا أخرج المزارع البذر فسدت كما لو أخرج العامل في المضاربة رأس

عليهما وأجاز اشتراطه على العامل وهو قول بعض الشافعية ، وقال محمد بن الحسن تفسد المساقاة بشرطه على العامل لانه شرط ينافي مقتضى العقد ، واحتج من جعله عليهما بأنه بعد تكامل الثمرة وانقضاء المعاملة فاشبه نقله الى منزله

ولنا ان النبي ﷺ دفع خير الى يهود خيبر على أن يعملوها من أموالهم ولان هذا من العمل أشبه التشميس وبه يبطل ما ذكره ، وفارق النقل الى المنزل فإنه يكون بعد القسمة وزوال العقد فاشبه الحزن (فصل) وإن دفع رجل بذره الى صاحب الأرض لبزعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فاسد لان البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع للمالك البذر وعليه أجر الأرض والعمل ويتخرج أن تنبني صحته على إحدى الروايتين كالمسئلة التي بعدها

(مسألة) (وإن قال أنا زرع الأرض ببذري وعوالي وتسما بأمائك والزرع بينهما فإني أرى)

(أحدهما) لا تصح اختارها القاضي لان موضوع المزارعة على أن تكون من أحدهما الأرض ومن الآخر العمل وصاحب الماء ليس منه أرض ولا عمل ولا بذر ولان الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟ (والثانية) تصح اختارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن بختان وحرب لان الماء أحد ما يحتاج اليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والارل أصح لان هذا ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص

المال من عنده ومتى فسدت المزارعة فالزرع لصاحب البذر لانه عين ماله ينتقل من حال إلى حال وينمو فصار كصغار الشجر اذا غرس فطال والبيضة اذا حضنت فصارت فرخا، والبذر ههنا من المزارع فكان الزرع له وعليه أجر الارض لان ربها انما بذلها له بعوض لم يسلم له فرجع الى عوض منافصها النابتة بزرعها على صاحب الزرع ، ولو فسدت والبذر من رب الارض كان الزرع له وعليه أجر مثل العامل لذلك وإن كان البذر منهما فالزرع بينهما ويتراجعان بما يفضل لاحدهما على صاحبه من أجر مثل الارض التي فيها نصيب العامل وأجر العامل بقدر عمله في نصيب صاحب الارض

(فصل) وإن زارعه على أن لرب الارض زرعاً بعينه وللعامل زرعاً بعينه مثل أن يشترط لاحدهما زرع ناحية وللآخر زرع أخرى أو يشترط أحدهما ماعلى السواقي والجداول إما منفرداً أو مع نصيبه فهو فاسد باجماع العلماء لان الخبر صحيح في النهي عنه غير معارض ولا منسوخ ولانه يؤدي إلى تلف ماعين لاحدهما دون الآخر فينفرد أحدهما بالثقة دون صاحبه

(فصل) والشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة تنقسم قسمين (أحدهما) ما يعود بجهالة نصيب كل واحد منهما مثل ما ذكرنا ههنا أو أن يشترط أحدهما نصيباً مجهولاً أو دراهم معلومة أو أفضة معينة أو أنه إن سقى سيعا فله كذا وإن سقى بكلفة فله كذا، فهذا يفسدها لانه يعود إلى جهالة المفعود عليه فأشبهه البيع بمن مجهول والمضاربة مع جهالة نصيب أحدهما ، وإن شرط البذر من العامل فالمنصوص

(فصل) وإن اشترك ثلاثة من أحدهم الارض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن ما رزق الله تعالى بينهم فعملوا فهذا عقد فاسد نص عليه احمد في رواية أبي داود ومهنا واحد ابن القاسم، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدهم علي الفدان وقال الآخر قبلي الارض وقال الآخر قبلي البذر وقال الآخر قبلي العمل فجعل النبي ﷺ الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئاً معلوماً ، فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوليد ابن مسلم عن الاوزاعي عن واصل بن أبي جميل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحولاً فقال ما يسرني بهذا الحديث وصيفاء وحكم هذه المسئلة التي ذكرناها في أول الفصل وهما فاسدتان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالاثمان فان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا، ولا هي اجارة لان الاجارة تفتقر الى مدة معلومة وعوض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي. فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله واصحابه عليه أجر مثلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فاذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل والصحيح ان الماء لصاحب البذر لا تلزمه الصدقة به كسائر ماله

عن أحمد فساد العقد لأن الشرط إذا فسد لزم كون الزرع لرب البذر لكونه نماء ماله فلا يحصل لرب الأرض شيء منه ويستحق الأجر وهذا معنى الفساد ، فأما إن شرط مالا بفضي إلى جهة الزرع كعمل رب المال معه أو عمل العامل في شيء آخر فهل تفسد المساقاة والمزارعة ؟ يخرج على روايتين بناء على الشرط القاسد في البيع والمضاربة

(فصل) وان دفع رجل بذره إلى صاحب الأرض يزرعه في أرضه ويكون ما يخرج بينهما فهو فاسد أيضا لأن البذر ليس من رب الأرض ولا من العامل ويكون الزرع لصاحب البذر وعليه أجر الأرض والعمل ، وان قال صاحب الأرض لرجل أنا أزرع الأرض يذري وعواملي ويكون سقيها من مائك والزرع بينهما روايتان (إحداهما) لا يصح اختيارها القاضي لأن موضوع المزارعة على أن يكون من أحدهما الأرض ، ومن الآخر العمل وليس من صاحب الماء أرض ولا عمل ولا بذر ولا الماء لا يباع ولا يستأجر فكيف تصح المزارعة به ؟ (والثانية) يصح اختيارها أبو بكر ونقلها عن أحمد يعقوب بن مختار وحرب لأن الماء أحد ما يحتاج إليه في الزرع فجاز أن يكون من أحدهما كالأرض والعمل والاول أصح لأن هذا ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص لما ذكرناه

(فصل) وان اشترك ثلاثة من أحدم الأرض ومن الآخر البذر ومن الآخر البقر والعمل على أن يارزق الله بينهم ففعلوا فهذا عقد فاسد نص عليه في رواية أبي داود ومهنا وأحمد بن القاسم ، وذكر حديث مجاهد في أربعة اشتركوا في زرع على عهد رسول الله ﷺ فقال أحدم علي الفدان وقال

(فصل) فإن كانت الأرض لثلاثة فاشتركوا على أن يزرعوها يذرهم ودوابهم واعوانهم على أن ما يخرج الله بينهم على قدر ما لهم جاز وبه قال مالك والشافعي وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لأن أحدم لا يفضل صاحبه بشيء

فصل فان زارع رجلا أو آجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فبث في تلك الأرض طاما آخر فهو لصاحب الأرض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث ، وقال الشافعي هو هو لصاحب الحب لأنه عين ماله فهو كما لو بذره قصداً

ولنا ان صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لأن المادة ترك ذلك لمن يأخذها ولهذا أبيع له النقاط ورعيه ولا نعلم خلافا في إباحة النقاط ما خلفه الحصادون من سنبل وحب وغيرهما فجرى ذلك مجرى بذر على سبيل الترك له وصار كالشيء الثاني يسقط منه الثمرة واقمة ونحوها والنوى لو التقطه انسان ففرسه كان له دون من سقط منه كذا هذا

(مسألة) (وإن زارع شريكه في نصيبه صح)

إذا جعل له في الزرع أكثر من نصيبه مثل أن تكون الأرض بينهما نصيبين فجعل للعامل الثلثين صح وكان السدس حصته من المزارعة فصار كأنه قال زارعتك على نصيبي بالثلث فصح كما لو زارع

الآخر قبل الارض وقال الآخر قبل البذر وقال الآخر قبل العمل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم الزرع لصاحب البذر والنبي صاحب الارض وجعل لصاحب العمل كل يوم درهما ولصاحب الفدان شيئا معلوما فقال أحمد لا يصح والعمل على غيره ، وذكر هذا الحديث سعيد بن منصور عن الوائد بن مسلم عن الاوزاعي ، وعن واصل بن أبي جليل عن مجاهد وقال في آخره فحدثت به مكحول فقال ما يسننني بهذا الحديث وصيفا . وحكم هذه المسئلة حكم المسئلة التي ذكرناها في صدر الفصل وهما قاسدان لان موضوع المزارعة على أن البذر من رب الارض أو من العامل وليس هو ههنا من واحد منهما ، وليست شركة لان الشركة تكون بالأمان ، وان كانت بالعروض اعتبر كونها معلومة ولم يوجد شيء من ذلك ههنا ، وليست اجارة لان الاجارة تفتقر إلى مدة معلومة وعرض معلوم وبهذا قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي . فعلى هذا يكون الزرع لصاحب البذر لانه نماء ماله ولصاحبيه عليه أجر مثلها لانها دخلا على أن يسلم لها المسمى فإذا لم يسلم عاد الى بدله وبهذا قال الشافعي وأبو ثور ، وقال أصحاب الرأي يتصدق بالفضل ، والصحيح أن النماء لصاحب البذر ولا تلزمه الصدقة به كسائر ماله . ولو كانت الارض ثلاثة فاشتركوها على أن يزرعوها بينهم ودواهم وأعوانهم على أن ما أخرج الله بينهم على قدر ما لهم فهو جائز ، بهذا قال مالك والشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا نعلم فيه خلافا لان أحدهم لا يفضل صاحبيه بشيء .

(فصل) وإذا زارع رجلا وآجره أرضه فزرعها وسقط من الحب شيء فثبت في تلك الارض

أجنيبا ، وفيه وجه آخر أنه لا يصح لان النصف للمزارع ولا يصح أن يزارع الانسان لنفسه فإذا فسد في نصيبه فسد في الجميع كالوجع في البيع بين ما يصح وما لا يصح والاول أصح إن شاء الله تعالى وقد ذكرنا في المساقاة نحو هذا

(فصل في اجارة الارض)

تجوز اجارتها بالذهب والفضة وسائر العروض غير المطعوم في قول عامة أهل العلم ، قال أحمد : قلما اختلفوا في الذهب والورق ، وقال ابن المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن اكترأ الارض وقتنا معلوما جائز بالذهب والفضة . روي هذا القول عن سعد ورافع بن خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم ومالك والليث والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي اروي عن طاوس والحسن كراهة ذلك لما روى رافع أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع متفق عليه .

ولنا أن رافعا قال أما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم (أما بشيء معلوم مضمون فلا بأس) وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول

عاما آخر فهو اصحاب الارض نص عليه أحمد في رواية أبي داود ومحمد بن الحارث وقال الشافعي هو اصحاب الحب لانه عين ماله فهو كما لو بذره قصدا
ولنا أن صاحب الحب أسقط حقه منه بحكم العرف وزال ملكه عنه لان العادة ترك ذلك لمن يأخذه
ولهذا أبيع التقاطه ورعيه، ولانهم خلافا في اباحة التقاط ما خلفه المصادون من سنبل وحب وغيرها فجري ذلك
مجري بذهبه على سبيل الترك له وصار كالشيء النافه يسقط منه كثره والقمة ونحوها والنوى لوانتهه انسان
فقرسه كان له دون من سقط منه كذا ههنا

(فصل) في اجارة الارض تجوز إيجارها بالورق والذهب وسائر العروض سوى المعلوم في قول
أكثر أهل العلم قال أحمد قلما اختلفوا في الذهب والورق، وقال ابن المنذر أجمع عوام أهل العلم
على أن اكتراء الارض وقتا معلوما جائز بالذهب والفضة روينا هذا القول عن سعيد ورافع بن
خديج وابن عمر وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب وعروة والقاسم وسالم وعبد الله بن الحارث
ومالك والبيه والشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي، وروي عن طاوس والحسن كراهة
ذلك لما روى رافع أن النبي ﷺ نهى عن كراء المزارع متفق عليه

ولنا أن رافعا قال اما بالذهب والورق فلم ينهنا يعني النبي ﷺ متفق عليه ولمسلم «أما بشيء معلوم
مضمون فلا بأس» وعن حنظلة بن قيس أنه سأل رافع بن خديج عن كراء الارض فقال نهى رسول الله
ﷺ عن كراء الارض قال فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيعه ما يخرج منها اما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها فنهانا رسول

الله ﷺ عن كراء الارض فقلت بالذهب والفضة؟ قال إنما نهى عنها بيعه ما يخرج منها اما بالذهب
والفضة فلا بأس متفق عليه، وعن سعد قال : كنا نكري الارض بما على السواقي وما سعد بالماء منها
فنهانا رسول الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكرها بذهب أو فضة . رواه أبو داود، ولانها عين
يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالائمان ونحوها كاللدور، والحكم في العروض
كالحكم في الايمان . وأما حديثهم فقد فسر الراري بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره
وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رواهوا واحدا وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص
لسائر الاحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بطعام معلوم غير الخارج منها فيجوز
نص عليه أحمد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة
والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنهم منة مالك حتى منع إيجارها بالابن والعسل، وقد
روي عن أحمد أنه قال ربما تهيبته، قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز، واحتج
مالك بما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال : قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض

الله ﷺ عن ذلك وأمرنا أن نكريمها بذهب أو فضة رواه أبو داود، ولأنها عين يمكن استيفاء المنفعة المباحة منها مع بقائها فجازت إيجارها بالأمان، ونحوها كاللدور والحكم في العروض كالحكم في الأمان، وأما حديثهم فقد فسر الراوي بما ذكرنا عنه فلا يجوز الاحتجاج به على غيره وحديثنا مفسر لحديثهم فإن رأيهم واحد وقد رواه عاما وخاصا فيحمل العام على الخاص مع موافقة الخاص لسائر الأحاديث والقياس وقول أكثر أهل العلم

فأما إيجارها بطعام فتقسم ثلاثة أقسام (أحدها) أن يؤجرها بمطعم غير الخارج منها معلوم فيجوز نص عليه أحد في رواية الحسن بن ثواب وهو قول أكثر أهل العلم منهم سعيد بن جبير وعكرمة والنخعي والشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي، ومنع منه مالك حتى من إيجارها بالبن والعسل، وقد روي عن أحمد أنه قال ربما تهيئت قال القاضي هذا من أحمد على سبيل الورع ومذهبه الجواز. والحجة لمالك ما روى رافع بن خديج عن بعض عمومه قال قال رسول الله ﷺ «من كانت له أرض فلا يكرهها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه، وروى ظهير بن رافع قال دعاني رسول الله ﷺ فقال «مانصنون بمحافلكم؟» قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها متفق عليه، وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع قاطبا بشيء معلوم مضمون فلا بأس به، ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إيجارها به كالأمان، وحديث ظهير بن رافع قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والاوزق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثرت أجزاها لزرع الحنطة

فلا يكرهها بطعام مسمى» رواه أبو داود وابن ماجه. وروى ظهير بن رافع قال : دعاني رسول الله ﷺ فقال «مانصنون بمحافلكم؟» قلت نؤاجرها على الربع أو على الاوسق من التمر أو الشعير قال «لا تفعلوا ازرعوها أو امسكوها» متفق عليه. وروى أبو سعيد قال نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمحاقلة استكراء الأرض بالحنطة

ولنا قول رافع قاطبا بشيء معلوم مضمون فلا بأس به ولأنه عوض معلوم مضمون لا يتخذ وسيلة إلى الربا فجازت إيجارها بها كالأمان وحديث رافع وظهير قد سبق الكلام عليه في المزارعة على أنه يحتمل النهي عن إيجارها بذلك إذا كان خارجا منها، ويحتمل النهي عنه إذا أجزاها بالربع والاوزق وحديث أبي سعيد يحتمل المنع من كرائها بالحنطة إذا كثرت أجزاها لزرع الحنطة

(القسم الثاني) إيجارها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كإيجارها بقرنان حنطة ليزرعها فقال أبو الخطاب فيهارايتان (إحداهما) النع وهي التي ذكرها القاضي مذهبها وهي قول مالك لما ذكرنا من الأحاديث ولأنه ذريعة إلى المزارعة عليها بشيء معلوم من الخارج منها لانه يحمل مكان قوله زارعتك أجر تلك قصير

(القسم الثاني) اجارتها بطعام معلوم من جنس ما يزرع فيها كاجارتها بقفزان حنطة لزرعها فقال أبو الخطاب فيهاروايتان (إحداهما) المنع وهي التي ذكرها القاضي مذهبا وهي قول مالك لما تقدم من الاحاديث ولا نهاذريعة الى المزارعة عليها بشي . معلوم من الخارج منها لانه يجعل مكان قوله زارعتك أجرتك فتصير مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث وربعم فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، ولأنها اجارة لعين بعض ثمناتها فلم تجز كسائر الاعيان ، ولانه لا نص في جوازها ولا يمكن قياسها على المنصوص فان النصوص إنما وردت بالنهي عن اجارتها بذلك ولا نعلم في تجوزها نصا ، والمنصوص على جوازه اجارتها بذهب أو فضة أو شي . مضمون معلوم وليست هذه كذلك ، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة في جوازها ولزومها وفيها يلزم العامل ورب الأرض وسائر أحكامها والله أعلم

مزارعة بلفظ الاجارة والذرائع معتبرة (والثانية) جواز ذلك اختارها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة والشافعي لما ذكرنا في القسم الاول ولان ما جازت اجارته بغير المطعوم جازت به كاللدور (القسم الثالث) اجارتها بجزء مشاع مما يخرج منها كنصف وثلث فالمنصوص عن أحمد جوازه وهو قول أكثر الاصحاب ، واختار أبو الخطاب أنها لا تنصح وهو قول أبي حنيفة والشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لما تقدم من الاحاديث في النهي من غير معارض لها ، ولأنها اجارة بعوض مجهول فلم تصح كاجارتها بثلث ما يخرج من أرض أخرى ، فأما نص أحمد في الجواز فيتعين حمله على المزارعة بلفظ الاجارة فيكون حكمها حكم المزارعة فيما ذكرنا من أحكامها ، ذكرناه في المساقاة

تم بحمد الله وعونه الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير
وبليه بمشيئة الله وتوفيقه الجزء السادس منهما وأوله (كتاب الاجارات)



فهرس

الجزء الثاني من

من كتابي

المعنى

و
الشرح الكبير



فهرس محتويات الجزء الخامس من كتابي المغني والشرح الكبير

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٢ | (كتاب الصلح) |
| ٣ | الخلاف في ان الصلح يكون عند الاقرار أو |
| ٤ | عند الانكار وأقسامه |
| ٤ | مسائل في الصلح بمعنى الهبة |
| ٦ | الصلح عن الحق بغير جنسه وأقسامه الثلاث |
| ٩ | صحة الصلح مع انكار الحق والاستدلال على ذلك |
| ١١ | حكم الصلح على الشقص المشفوع |
| ١٢ | حكم مصالحة الاجنبي عن المنكر |
| ١٣ | فروع في مصالحة الاجنبي عن المنكر |
| ١٥ | حكم الصلح مع الاقرار والقول بطلانه وأنه |
| | ليس بصلح |
| ١٧ | أحكام الصلح بمعنى الابرأ |
| ١٨ | » » » الهبة أنواع الصلح الباطلة |
| ١٩ | الصلح على بعض المدعي أو على منفعة |
| ٢٠ | فروع في الصلح على غير المدعي وعلى إجراء |
| | الماء في الارض |
| ٢١ | الصلح على ترك أغصان الشجر في هواء غيره |
| ٢٣ | » » » عروق » » أرض » |
| ٢٤ | صحة الصلح عن المجبول عيناً أو ديناً |
| ٢٦ | » » » كل ما يجوز أخذ الموض عنه |
| | سواء جاز بيعه أو لا |
| ٢٧ | الصلح عن القصاص بعبد مستحق والصلح عن |
| | الدار بعوض مستحق |
| ٢٨ | الصلح على موضع قناة من أرضه يجري فيها الماء |
| ٢٩ | الصلح على إجراء ماء المطر فوق السطح وإخراج |
| | الميازيب |
| ٣٠ | الصلح على سقي أرضه من نهر غيره |
| ٣١ | الصلح عن الاقرار بالعبودية وبطلانه |
| ٣٢ | الصلح مع الشاهد على الايشهد عليه وبطلانه |
| ٣٣ | منع اشراع الروشن الى الطريق إتفاذ |
| ٣٤ | منع البناء في الطريق النافذ في الدرب غير النافذ |
| ٣٥ | أحكام حفر البئر في الطريق النافذ وإخراج الميازيب |
| ٣٦ | حكم فتح الباب في الحائط المشترك ووضع |
| | الحشب عليه |
| ٣٧ | حكم وضع خشب السقف على جدار المسجد |
| ٣٩ | الاذن في وضع الحشب على الجدار والبناء عليه |
| ٤١ | أحكام الحائط بين مالكين اذا ادعاه كل منهما |
| ٤٣ | دعوى الحائط بين مالكين وماذا يرجع على غيرها |
| ٤٥ | الحائط المشترك إذا تهدم وطلب أحدهما إعادته |
| ٤٧ | فروع في الاجبار على إعادة بناء الحائط المشترك |
| ٤٩ | الحائط المشترك بين مالكين والنهر والقناة |
| | وما أشبهها |
| ٥٠ | نقل باب الدار في الزقاق غير النافذ |
| ٥٢ | امتناع الصعود على سطحه المشرف على سطح جاره |
| ٥٣ | جواز الاتفاق على قسمة الحائط المشترك طويلاً |
| ٥٤ | (كتاب الحوالة والضمان) |
| ٥٥ | من شروط الحوالة أن تكون على دين مستقر |
| ٥٦ | فروع في الحوالة على الدين المستقر |
| ٥٧ | الشرط الثالث للحوالة ان تكون بمال معلوم |
| ٥٨ | الشرط الرابع رضا المحيل |
| ٥٩ | اشتراط ملاءة المحال عليه |
| ٦٠ | وجوب قبول الحوالة إذا كانت على المليون |
| ٦٢ | اشتراط المحتال غنى المحال عليه واختلافه |
| ٦٣ | إحالة المشتري البائع بالثمن وإحالة البائع على |
| | المشتري به |
| ٦٤ | فروع في الحوالة بضمن المبيع والحوالة عليه |
| ٦٥ | اختلاف المحيل والمحتال هل وكله أو أحاله؟ |
| ٦٦ | فروع في اختلاف المحيل والمحتال في المراد |
| | بلفظ الحوالة |
| ٦٧ | ادعاء المدين دفع الدين للمحتال وانكار الدائن |

| صفحة | صفحة |
|---|--|
| ٩٥ | ٦٨ اختلاف المحيل والمحال والمحتال عليه |
| ٩٦ | ٦٩ الحوالة بالدين المضمون تبريء ذمة الضامن |
| ٩٧ | والمضمون عنه |
| ٩٨ | ٧٠ (باب الضمان) |
| ٩٩ | ٧١ الامور التي تعتبر لصحة الضمان |
| التسليم | ٧٢ صحة ضمان المجحول وضمان ما لم يجب |
| ١٠٠ | ٧٣ براءة الضامن لا تستتبع براءة المضمون عنه |
| ١٠١ | ٧٤ بيان الامور التي يصح ضمانها كالجعل وارش الجناية |
| ١٠٢ | ٧٥ حكم ضمان نفقة الزوجة ومال الكتابة وضمان |
| ١٠٣ | الاعيان المضمونة كالمفصوب |
| ١٠٤ | ٧٦ صحة ضمان عهدة المبيع عن أحد العاقلين |
| ١٠٥ | للاخر |
| ١٠٦ | ٧٧ ضمان العهدة وما يلزم للضامن فيها واحكامها |
| ١٠٧ | ٧٨ فصل فيمن يصح ضمانه ومن لا يصح |
| ١٠٨ | ٧٩ ضمان المحجور والصبي والمسكر |
| ١٠٩ | ٨٠ صحة ضمان الدين الحال مؤجلا |
| والاجماع وأنواع شركة العقود | ٨١ كون المضمون عنه لا يبرأ الا بآداء الضامن |
| ١١٠ | ٨٣ لصاحب الحق مطالبة من شاء من الضامن |
| ١١١ | والمضمون عنه |
| وشركة العنان | ٨٤ امتناع ضمان المضمون عنه للضامن لا في دين آخر |
| ١١٢ | ٨٥ صحة ضمان الاثنين فأكثر عن الرجل الواحد |
| ١١٣ | ٨٦ أحكام رجوع الضامن على المضمون عنه بعد |
| ١١٤ | آداء الدين |
| ١١٥ | ٨٩ القدر الذي يرجع به الضامن على المضمون عنه |
| يؤجرهما | ٩٠ للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه اذا |
| ١١٦ | طولب |
| ١١٧ | ٩١ حكم ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر وقضى |
| ١١٨ | الدين أحدهم |
| الآخر | ٩٢ فروع في ضمان كل من المدينين للاخر |
| ١٢٠ | ٩٣ دعوى الضامن قضاء الدين وانكار المضمون عنه |
| اشترك ثلاثة من أحدهم دابة ومن آخر راوية | ٩٤ امتناع الخيار في الضمان والكفالة |
| ومن ثالث العمل | |

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ١٢١ | بيان أنواع الشركة الجائزة والمضاربة والوجوه |
| ١٢٢ | والعنان |
| ١٢٣ | شركة الوجوه ومعناها وجوازها |
| ١٢٤ | فروع في شركة الوجوه وأحكامها وسبب تسميتها |
| ١٢٥ | شركة العنان ومعناها وبيان رأس مالها |
| ١٢٦ | كون العروض لا يصح أن تكون رأس مال في شركة العنان |
| ١٢٧ | حكم النقرة والمغشوش والفلوس حكم العروض |
| ١٢٨ | صحة الشركة مع اختلاف المالكين في الجنس وتفاوتها في القدر |
| ١٢٩ | فروع فيها إذا وقعت الشركة فاسدة |
| ١٣٠ | كون شركة العنان مبناها على الوكالة والامانة |
| ١٣١ | الامور التي يمتنع على الشريك فعلها كمكاتبه الرقيق والتعق على مال |
| ١٣٢ | الخلاف في هل يجوز للشريك أن يبيع نساء |
| ١٣٣ | كون الشركة من العقود الجائزة تبطل بموت أحدها |
| ١٣٤ | شركة المضاربة وهي القراض |
| ١٣٥ | معنى المضاربة واشتقاقها والاجماع على جوازها |
| ١٣٦ | الجمع بين الشركة والمضاربة والقول بصحته |
| ١٣٧ | فروع في شركة المضاربة |
| ١٣٨ | (شركة المفاوضة وأنواعها) |
| ١٣٩ | » » والخلاف في صحتها |
| ١٤٠ | كون الربح في جميع أقسام الشركة بحسب ما اتفق عليه |
| ١٤١ | من شروط صحة المضاربة تقدير نصيب العامل |
| ١٤٢ | فروع في تقدير نصيب العامل في المضاربة |
| ١٤٣ | جواز دفع المال الى اثنين مضاربة في عقد واحد |
| ١٤٤ | حكم ما إذا شرط جزء من الربح لغير العامل |
| ١٤٥ | حكم ما إذا شرط جزء من الربح لغير العامل |
| ١٤٦ | حكم ما إذا ربح في سلعة وخسر في أخرى |
| ١٤٧ | حكم ما إذا ربح في سلعة وخسر في أخرى |
| ١٤٨ | بطلان القراض إذا شرط أحدها أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة |
| ١٤٩ | ضمان المضارب إذا باع نسيئة أو بغير إذن فروع في بيع مال القراض نسيئة |
| ١٥٠ | امتناع السفر بالمال على المضارب والمذاهب فيه |
| ١٥١ | الامور التي يمتنع على المضارب ويكون حكمه فيها حكم الوكيل |
| ١٥٢ | حكم بيع المضارب وشرائه بغير نقد البلد |
| ١٥٣ | ليس للمضارب أن يشتري من يتق على رب المال شراء المضارب امرأه رب المال وصحته |
| ١٥٤ | شراء المضارب من يتق على رب المال بأذنه جائز |
| ١٥٥ | ليس للمضارب أن يشتري بأكثر من رأس المال يمتنع على المضارب دفع المال الى آخر مضاربة |
| ١٥٦ | فروع في دفع المضارب المال الى آخر مضاربة |
| ١٥٧ | الامور التي يمتنع على المضارب فعلها كشرائها الخمر والخنزير |
| ١٥٨ | جواز أخذ المضارب المال من اثنين |
| ١٥٩ | فروع في مضاربة الواحد بمال الاثنين وأحكامها |
| ١٦٠ | ضمان المضارب إذا تعدى بفعله ما ليس له فعله |
| ١٦١ | أخذ العامل نصيبه في الربح إنما يكون بعد استيفاء رأس المال |
| ١٦٢ | كل ما جرت العادة أن يتولاه العامل وجب عليه فعله |
| ١٦٣ | انقراض المضاربة بتلف بعض رأس المال قبل التصرف |
| ١٦٤ | كون العامل لا يستحق أخذ شيء من الربح الا بعد استيفاء رأس المال |
| ١٦٥ | فروع في جبران الخسران بالربح في المضاربة |
| ١٦٦ | حكم شراء رب المال شيئاً لنفسه من مال المضاربة |
| ١٦٧ | شراء أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة |
| ١٦٨ | حكم ما إذا ربح في سلعة وخسر في أخرى |

| صفحة | صفحة |
|--|--|
| ٢٠٥ الامور التي لا يصح التوكيل فيها كالشهادة والايان والايلاء ونحوها | ١٧٥ كون القول قول رب المال في رده اليه مع يمينه |
| ٢٠٦ أحكام التوكيل في حقوق الله تعالى | ١٧٦ فروع في أحكام رد الوضعية على الرج |
| ٢٠٧ كل ما جاز التوكيل فيه جاز استيفاءه بحضرة الموكل وغيبته | ١٧٧ صحة القراض في المرض وحكم موت رب المال أو المضارب |
| ٢٠٨ اشتراط الايجاب والقبول في الوكالة | ١٧٨ لا يجوز للمضارب أخذ شيء من الرج الا باذن رب المال |
| ٢٠٩ جواز القبول بالقول والفعل ، توكيل الوكيل غيره | ١٧٩ كون المضاربة جائزة تنفس بالفسخ والموت والجنون |
| ٢١٠ تعليق الوكالة على شرط . حكم توكيل الوكيل | ١٨٠ فروع في أحكام فسخ المضاربة |
| ٢١١ لا تصح الوكالة إلا في تصرف معلوم ، جواز توكيل عبد غيره | ١٨١ انقضاء القراض بموت أحد المتقارضين أو جنونه |
| ٢١٢ بطلان الوكالة في الاشياء غير المعلومة | ١٨٣ المضاربة بتلف المال قبل الشراء |
| ٢١٣ كون الوكالة عقداً جائزاً من الطرفين | ١٨٤ أنواع الشروط في المضاربة وانقسامها الى صحيح وفاسد |
| ٢١٤ فروع فيما اذا وكل وكيلين في تصرف واحد | ١٨٥ جواز التأقيت في المضاربة |
| ٢١٥ بيان الامور التي يجوز للوكيل أن يوكل فيها والتي لا يجوز | ١٨٦ بيان الشروط الفاسدة في المضاربة وأقسامها |
| ٢١٧ الولي في النكاح له التوكيل في تزويج موليته | ١٨٨ فروع ومسائل في المضاربة الفاسدة |
| ٢١٨ فروع في التوكيل في الخصومة وفي اقراره على موكله | ١٩٠ بطلان المضاربة بالدين |
| ٢١٩ كون الوكيل يملك تسليم ما وكل في بيعه | ١٩١ صحة المضاربة بالوديعة |
| ٢٢١ أحكام اختلاف الموكل والوكيل إذا ادعى تلف الثمن | ١٩٢ صحة المضاربة بالمال المنصوب |
| ٢٢٢ اختلاف الموكل والوكيل في التصرف وعدمه | ١٩٣ أحكام الاختلاف بين رب المال والمضارب |
| ٢٢٣ اختلاف الوكيل والموكل في دعوى الرد وانكار الموكل | ١٩٥ دعوى العامل القرضي ودعوى المالك القراض |
| ٢٢٤ اختلاف الموكل والوكيل في اصل الوكالة | ١٩٦ اختلاف بين الشركاء في قبض عن المبيع المشترك |
| ٢٢٥ فروع في اختلاف الوكيل والموكل | ١٩٧ قبض أحد الشريكين ببعض الدين المشترك بينهما بسبب واحد |
| ٢٢٦ اختلافها في صيغة الوكالة | ١٩٩ فصول في تصرفات العبد المأذون له في التجارة |
| ٢٢٨ اختلافها في البيع نقداً أو نسيئة | ٢٠١ (كتاب الوكالة) |
| ٢٢٩ متى قبض الوكيل الثمن فهو أمانة في يده | ٢٠٢ بيان الضوابط لمن يصح منه التوكيل والتوكل |
| ٢٣٠ حكم ما اذا وكله في شراء نقداً فاشترى مؤجلاً | ٢٠٣ بيان الامور التي يجوز التوكيل فيها |
| | ٢٠٤ جواز اتوكيل في مطالبة الحقوق واثباتها والمحاكمة فيها |

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٢٣٢ | التوكيل في قضاء الدين وفروع فيه |
| ٢٣٣ | فروع في الاشهاد على تصرفات الوكيل |
| ٢٣٧ | حكم شراء الوكيل والوصي من نفسها |
| ٢٣٨ | شراء الحاكم أو أمينه من نفسها |
| ٢٣٩ | التوكيل في التزويج واذن الوكيل في الشراء |
| ٢٤٠ | من نفسه |
| ٢٤١ | توكيل العبد في شراء نفسه من سيده |
| ٢٤٢ | فروع في تصرف الوكيل لنفسه |
| ٢٤٣ | شراء الرجل لنفسه من مال ولده الطفل |
| ٢٤٤ | وتصرف الوكيل بعد موت الموكل أو فسخه |
| ٢٤٥ | خروج الوكيل أو الموكل عن اهلية التصرف |
| ٢٤٦ | تعدى الوكيل فيما وكل فيه وأحكامه |
| ٢٤٧ | توكيل امرأته لا يفسخ بطلاقها ، توكيل |
| ٢٤٨ | المسلم كافر أصبح |
| ٢٤٩ | تلف العين التي وكل فيها يبطل الوكالة |
| ٢٥٠ | فروع في دفع الغريم الدين إلى الوكيل في القبض |
| ٢٥١ | التوكيل في طلاق الزوجة وأحكامه |
| ٢٥٢ | شراء الوكيل غير ما وكل في شرائه وأحكامه |
| ٢٥٣ | ملك الوكيل للتصرف الذي يقتضيه اذن الموكل |
| ٢٥٤ | نطقاً أو عرفاً |
| ٢٥٥ | فروع في الامور التي لا يملك الوكيل العقدها |
| ٢٥٦ | فروع في التوكيل في النماء |
| ٢٥٧ | بيان مالا يجوز للوكيل مخالفة الموكل فيه |
| ٢٥٨ | حكم ما اذا وكله في الشراء نقداً أو نسيئة |
| ٢٥٩ | باكثر من النقد |
| ٢٦٠ | البيع باكثر من الثمن الذي عينه الموكل |
| ٢٦١ | فروع في تصرفات الوكيل لمخالفة لاذن الموكل |
| ٢٦٢ | التوكيل في شراء سلعة موصوفة |
| ٢٦٣ | فروع في الرد بالعيب وثبوته للوكيل والموكل |
| ٢٦٤ | انتقال الملك من البائع الى الموكل في شراء الوكيل |
| ٢٦٥ | فصول في اشهادة على الوكالة وأحكامها |
| ٢٦٦ | كون الوكالة لا تثبت بنجر الواحد وكذلك |
| ٢٦٧ | الزول |
| ٢٦٨ | الشهادة على التوكيل في الطلاق |
| ٢٦٩ | حكم الحاكم بالوكالة بناء على اقرار الموكل أمامه |
| ٢٧٠ | سماع الشهادة بالوكالة عند الحاكم |
| ٢٧١ | (كتاب الاقرار) وثبوته بالكتاب والسنة |
| ٢٧٢ | والاجماع |
| ٢٧٣ | الخلاف في اقرار الصبي المميز وصحته |
| ٢٧٤ | فروع في أحكام اقرار المكره والعبد |
| ٢٧٥ | أحكام اقرار العبد وإقرار مولاه |
| ٢٧٦ | بيان من يصح الاقرار له. حكم الاقرار للوارث |
| ٢٧٧ | حكم الاقرار بالحل. فروع في الاقرار للوارث |
| ٢٧٨ | أحكام الاستثناء في الاقرار وأنواعه |
| ٢٧٩ | تحقيق معنى الاستثناء لغة وعرفاً والقول بأنه |
| ٢٨٠ | استدراك |
| ٢٨١ | فروع في استثناء العين من الورق والعكس |
| ٢٨٢ | جواز استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه |
| ٢٨٣ | أخوات إلا مثل إلا في الاستثناء بها |
| ٢٨٤ | بطلان الاستثناء المستغرق بالاتفاق |
| ٢٨٥ | حكم الاستثناء بعد الاستثناء |
| ٢٨٦ | فروع في الابدال من المقر به |
| ٢٨٧ | الاخبار بقضاء الدين لا يكون إقراراً به |
| ٢٨٨ | فروع في الاخبار بقضاء الدين مع الاقرار به |
| ٢٨٩ | أحكام رجوع المقر عن إقراره وأنواعه |
| ٢٩٠ | فروع في الاقرار بالنصب |
| ٢٩١ | أحكام الاقرار بالمبهم والمجهول |
| ٢٩٢ | الاقرار بالدرهم مطلقاً ينصرف الى الحياد |
| ٢٩٣ | وافية الحالة |
| ٢٩٤ | الالفاظ التي يحصل بها الاقرار |
| ٢٩٥ | فروع في الاقرار بدراهم مطلقة ثم تفسيرها |
| ٢٩٦ | فروع في تكرار المقر به واتباعه مثله |

| صفحة | صفحة |
|---|--|
| ٣٣٤ حكم إقرار الابن بأخ له وإنكار النسب بعد الإقرار | وذكر المشيئة بعد الإقرار |
| ٣٣٥ إقرار المرأة بولدها وحكمه | ٢٩٧ فروع في حكم الاضرار بيل ولكن بعد الإقرار |
| ٣٣٦ الإقرار بولد من أمة لها ثلاثة أولاد | ٢٩٨ فروع مختلفة في الفاظ الإقرار المقبول منها وغيره |
| ٣٣٧ فروع في الإقرار بالمبهم | ٣٠١ استثناء ما زاد عن النصف غير جائز |
| ٣٣٨ إقرار الوارث بدين على أبيه | ٣٠٣ الاستدلال على امتناع استثناء ما زاد على النصف |
| ٣٣٩ فروع في إقرار الوارث بدين على أبيه | ٣٠٤ استثناء النصف فيه وجهان |
| ٣٤٠ الإقرار بيمين المدعي لأحد المدعين | ٣٠٥ استثناء المفسر من المبهم والعكس |
| ٣٤١ لزوم اليمين على من القول قوله لخصمه | ٣٠٦ فروع في استثناء المفسر والمبهم |
| ٣٤٢ حكم الإقرار بدين في مرض الموت | ٣٠٨ الإقرار بالمال ثم تفسيره بوديعة ونحوها |
| ٣٤٤ أحكام الإقرار للوارث | ٣١٠ اختلاف المقر والمقر له في تفسير المقر به |
| ٣٤٥ حكم ما إذا أقر لوارث ثم صار غير وارث | ٣١١ فروع في الإقرار بالمبهم ومطالبة المقر بالبيان |
| ٣٤٦ بيان الإقرار لوارث وأجنبي | ٣١٢ تفسير المقر لإقراره ومتى يقبل |
| ٣٤٧ إقرار المريض بوارث أو بأجبال أمة | ٣١٣ أحكام الإقرار بالمجهول وصحته ووجوب تفسيره |
| ٣٤٨ بيان ما يثبت به الإقرار | ٣١٥ الإقرار بالمال مطلقاً وتفسيره بالقليل والكثير |
| ٣٤٩ اتباع الإقرار بالمشيئة | ٣١٧ استثناء المبهم وتفسيره |
| ٣٥٠ فروع في الصيغ التي يحصل بها الإقرار | ٣١٨ بيان ما إذا قال علي كذا أو كذا كذا أو كذا وكذا |
| ٣٥٣ التعليق في الإقرار . الإقرار بصيغة الشك | ٣٢٠ الإقرار بالرهن وقول المالك أنه وديعة |
| ٣٥٤ (كتاب العارية ومناها وحكمها) | ٣٢١ فروع في اختلاف المقر والمقر له |
| ٣٥٥ الاستدلال على أن الاعارة مندوبة غير واجبة | ٣٢٤ إقرار الرجل بحرية العبد ثم شراؤه له |
| ٣٥٦ اشتراط كون العارية مضمونة لا يسقط ضمانها | ٣٢٥ إقرار أحد الوارثين بأخ أو أخت |
| ٣٥٧ جواز الرجوع للمعير متى شاء | ٣٢٦ إقرار جميع الورثة بنسب من يشاركونهم |
| ٣٥٨ ضمان العارية بمثلها وردّها إن كانت باقية | ٣٢٨ فروع في الإقرار بالنسب |
| ٣٥٩ أما تصح العارية من جائز التصرف . اعادة كل ما ينتفع به | ٣٢٩ فروع في الإقرار بالوارث |
| ٣٦٠ امتناع اعادة العبد المسلم لكافر | ٣٣٠ إقرار الوارث بمن يحجبه |
| ٣٦١ للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله | ٣٣١ إثبات الارث والنسب بالإقرار |
| ٣٦٢ أحكام اجارة المعار ورهنه | ٣٣٢ الإقرار بالوارث |
| ٣٦٣ فروع في رهن العارية | ٣٣٣ شهادة الورثة العدول بنسب من يشاركونهم في الميراث |
| ٣٦٤ جواز اطلاق العارية وتوقيفها | |
| ٣٦٥ فروع في رجوع المعير في العارية . وحكمه | |

| صفحة | صفحة |
|---|--|
| ٣٩٦ دخول الارض المنصوبة والييم والشراء فيها | ٣٦٨ جواز استعارة الدابة ليركبها |
| ٣٩٧ وجوب رد المنصوب بزيادته وأرش نقصه | ٣٦٩ فروع في الانتفاع بالعارية وفي مؤنة ردها |
| ٤٠٠ ضمان نقص القيمة لا يجب على الفاضب | ٣٧١ اختلاف رب الدابة وراكبها بين الاعارة والاجارة |
| ٤٠٢ ذهاب بعض أجزاء المنصوب في يد الفاضب | ٣٧٢ دعوى الراكب الاعارة ودعوى المالك النصب |
| ٤٠٣ تصرف الفاضب في المنصوب وحكمه وما ذا يجب عليه؟ | ٣٧٤ (كتاب النصب) وممناء ودليله من الكتاب والسنة والاجماع |
| ٤٠٥ فروع في تصرف الفاضب في المنصوب بزيادة أو نقص | ٣٧٥ تصور غصب الاراضي والدور وضمانها |
| ٤٠٦ خلط المنصوب بغيره: حكم كسب المنصوب ونمائه | ٣٧٦ ما يضمن به المنصوب . حكم غصب الكلب والخر |
| ٤٠٧ وطء الجارية المنصوبة وما ذا يجب على الواطئ الفاضب؟ | ٣٧٧ فروع فيما يضمن به المنصوب |
| ٤٠٩ بيع الفاضب للجارية المنصوبة ووطء المشتري لها | ٣٧٨ زرع الارض المنصوبة وما ذا يجب فيه |
| ٤١٢ وجوب الحد على من استكره الامة على الزنا | ٣٧٩ حكم الفرس والبناء في أرض الغير بغير اذنه |
| ٤١٣ إجارة الفاضب للمنصوب باطلة | ٣٨٠ فروع في الفرس والبناء في الارض بغير إذن صاحبها |
| ٤١٤ حكم ابداع المنصوب والتوكيل في بيعه | ٣٨١ تجصيص الدار المنصوبة وتزويقها وإزالتها بطلب صاحبها |
| ٤١٥ حكم هبة المنصوب وبطلان تصرفات الفاضب | ٣٨٢ فروع في غصب الارض |
| ٤١٦ الانجار بالأمان المنصوبة | ٣٨٣ وجوب أجرة الارض على الفاضب من حين غصبها إلى تسليمها |
| ٤١٧ وجوب قيمة المنصوب على الفاضب إذا لم يقدر على رده | ٣٨٤ فروع في زرع الارض المنصوبة والبناء فيها |
| ٤١٩ وجوب قيمة الولد إذا غصبت أمه حاملاً فولدت في يد الفاضب ثم مات ولدها | ٣٨٥ وجوب ضمان نقص الارض المنصوبة |
| ٤٢١ حكم ما إذا كان المنصوب من المثليات وما ذا يجب فيه | ٣٨٦ بيان قدر الارش في الجنابة على المنصوب |
| ٤٢٣ وجوب رد المنصوب مع أجرة مثله إن كانت له أجرة | ٣٨٨ الجنابة على العبد المنصوب وما ذا يجب فيها |
| ٤٢٤ حكم ما إذا غصبت شيئاً وشغله بملكه | ٣٨٩ حكم جنابة العبد المنصوب وضمانها على الفاضب |
| ٤٢٦ ابتلاع البهيمة للجوهرة المنصوبة | ٣٩٠ فروع في النقص في عين المنصوب وأحكامه |
| ٤٢٧ دخول رأس الشاة المنصوبة في فقم | ٣٩٢ استرجاع الارض المنصوبة وفيها زرع قائم |
| ٤٢٨ وقوع الدينار المنصوب في الحبرة وترقيع السفينة باللوح المنصوب | ٣٩٣ فروع في استرجاع الارض المنصوبة إذا كان فيها زرع للفاضب |
| ٤٢٩ خلط المنصوب بما يمكن تمييزه وخلطه بمثله من جنسه | ٣٩٥ حكم عمر الشجر المنصوب ودخول الارض المنصوبة |
| ٤٣٠ خلط المنصوب بخير منه أو دونه أو بغير جنسه | |

| صفحة | صفحة |
|------|--|
| ٤٣١ | خط المنصوب بما لا قيمة له وحكم صبح الثوب |
| ٤٣٢ | فروع في صبح الثوب المنصوب |
| ٤٣٣ | أقسام صبح الثوب المنصوب وأحكامها |
| ٤٣٦ | إطعام الطعام المنصوب لاجنبي |
| ٤٣٧ | فروع في إطعام الطعام المنصوب للمالك |
| ٤٣٨ | اختلاف المالك والغاصب في قيمة المنصوب |
| ٤٣٩ | فروع في دعوى ملك المنصوب المبيع وإقامة البيئة به |
| ٤٤١ | أحكام جنابة العبد المنصوب |
| ٤٤٢ | حكم ضمان اتلاف الحجر والخزير للذي |
| ٤٤٣ | حكم اتلاف الحجر والخزير من مسلم أو ذي |
| ٤٤٤ | وجوب رد الحجر المنصوبة من الذي |
| ٤٤٥ | إذا غصب كلباً يجوز اقتناؤه وجب رده |
| ٤٤٦ | كسر آنية الذهب والفضة وأوعية الحجر |
| ٤٤٧ | فروع في كسر أوعية الحجر وحكمه |
| ٤٤٨ | لا يثبت الغصب فيما ليس بمال كالحجر |
| ٤٤٩ | فروع في اتلاف مال الغير أو التسبب فيه |
| ٤٥١ | الاتلاف بسبب الجدار المائل وما فيه من الأحكام |
| ٤٥٣ | إيقاد النار في ملك الغير. الاتلاف بسبب البيمة |
| ٤٥٤ | وضمانه على من هي في يده |
| ٤٥٤ | ضمان ما أتلفت البيمة من الزرع والشجر ليلاً |
| ٤٥٦ | أحكام اصطدام السفينتين وغرقهما بذلك |
| ٤٥٧ | الشهادة بالغصب. إلقاء المتاع من السفينة لنجاة |
| ٤٥٨ | من فيها |
| ٤٥٨ | حكم دخول الأرض المنصوبة إذا كان فيها |
| ٤٥٩ | قريب له |
| ٤٦٠ | (كتاب الشفعة) وثبوتها بالسنة والاجماع |
| ٤٦١ | حرمة الاحتيال على اسقاط الشفعة |
| ٤٦١ | شروط ثبوت الشفعة وكونها في المشترك المشاع |
| ٤٦٢ | الدليل على أن الشفعة لا تثبت للجار ولو ملاصقا |
| ٤٦٣ | الشرط الثاني أن يكون المبيع أرضاً وما يتبعها |
| ٤٦٤ | عدم ثبوت الشفعة فيما كان عوضه غير المال كالصداق |
| ٤٦٥ | اشتراط كون المبيع مما يمكن قسمته |
| ٤٦٧ | الشرط الرابع في ثبوت الشفعة أن يكون شقصاً |
| ٤٦٨ | منتقلاً بعوض |
| ٤٧٠ | فروع في كون الشقص منتقلاً بعوض |
| ٤٧٠ | عدم ثبوت الشفعة فيما انتقل بعوض غير المال |
| ٤٧١ | وفما لا يجب قسمته |
| ٤٧١ | لا تثبت الشفعة في بيع الخيار قبل انقضائه |
| ٤٧٢ | بيع المريض كبيع الصحيح في ثبوت الشفعة |
| ٤٧٣ | فروع في ثبوت الشفعة في بيع المريض |
| ٤٧٤ | الامور التي يملك بها الشفيع الشقص |
| ٤٧٥ | ملك الشفيع للشقص لا يقتصر الى حاكم |
| ٤٧٦ | إقرار البائع بالبيع وإنكار المشتري وثبوت |
| ٤٧٧ | الشفعة في ذلك |
| ٤٧٧ | الصحيح أن حق الشفعة على الفور |
| ٤٧٨ | الاستدلال على أن حق الشفعة فوري |
| ٤٧٩ | فروع في الأخذ بالشفعة وفوريته ووراخي |
| ٤٨١ | أحكام ما إذا أظهر المشتري أن الثمن أكثر مما وقع |
| ٤٨٢ | به العقد |
| ٤٨٢ | حكم ما إذا لقي الشفيع المشتري وترك المطالبة |
| ٤٨٣ | بالشفعة |
| ٤٨٣ | سقوط الشفعة في حق من باع نصيبه |
| ٤٨٥ | ثبوت الشفعة للغائب إذا علم بالبيع في وقت قدومه |
| ٤٨٦ | سقوط الشفعة إذا لم يشهد الغائب على مطالبتة بها |
| ٤٨٧ | فروع في سقوط الشفعة عند ترك الشاهد على |
| ٤٨٨ | المطالبة بها |
| ٤٨٨ | أحكام تصرف المشتري في الشقص قبل أخذ |
| ٤٩٠ | الشفيع |
| ٤٩١ | تصرف المشتري في الشقص بما لا يجب به الشفعة |
| ٤٩١ | جعل الشقص المشفوع صداقاً أو عوضاً في خلع |
| | أو صلح دم عمد |

| صفحة | صفحة |
|--|--|
| ٤٩٢ تقديم الرد بالعيب على الاخذ بالشفعة | ٥١٨ دعوى الشفيع الحاضر على من في يده نصيب |
| ٤٩٣ تلف المبيع قبل قبضه يطل الشفعة وكذا ان | الغائب أنه اشتراه منه |
| خرج الثمن مستحقا | ٥١٩ فروع في دعوى استحقاق الشفعة |
| ٤٩٤ بطلان الاقالة بعد الاخذ بالشفعة | ٥٢٠ دعوى كل واحد من الشريكين على صاحبه |
| ٤٩٥ ثبوت المطالبة بالشفعة للصغير اذا كبر | أنه يستحق ما في يديه بالشفعة |
| ٤٩٦ حكم أخذ الولي بالشفعة لموليه | ٥٢١ اختلاف المتبايعين في ثمن الشقص |
| ٤٩٧ بيع وصي الايتام لأحدهم نصيبا في شركة آخر | ٥٢٢ شراء شقص له شفيعان وادعاء عفو أحدهما |
| وأخذه بالشفعة | ٥٢٣ بيان ان تقسيم الشقص على الشفعاء انما يكون |
| ٤٩٨ عفو الولي عن شفعة الصبي التي له فيها حظ | بقدر حصصهم |
| ٤٩٩ للعامل في المضاربة الاخذ بالشفعة في شقص مال | ٥٢٤ فروع في تقسيم الشقص على حصص الشفعاء |
| المضاربة | ٥٢٧ حكم ما إذا ترك أحد الشفعاء حقه وماذا يفعل |
| ٥٠٠ حكم بناء المشتري وغرسه في الشقص المشفوع | الاخرون ؟ |
| ٥٠٢ حكم الزرع في الارض المشفوعة ونماء المبيع في | ٥٢٨ فروع في ان الشفعة لا تسقط لغيبة الشفعاء |
| يد المشتري | ٥٣٠ اذا اشترى رجل شقصاً من رجلين للشفيع |
| ٥٠٣ تلف الشقص المشفوع أو بعضه في يد المشتري | أخذ نصيب أحدهما فقط |
| ٥٠٥ اخذ الشقص المشفوع انما يكون بالثمن الذي | ٥٣١ حكم بيع الشقص لثلاثة دفعه واحدة |
| الذي استقر عليه العقد | ٥٣٢ تعدد الشقص المشفوع بتعدد الشركاء كدار |
| ٥٠٦ استحقاق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر | بين أربعة |
| عليه العقد | ٥٣٤ رجوع الشفيع انما يكون على المشتري والمشتري |
| ٥٠٧ أخذ الشقص بالاجل اذا كان ثمنه مؤجلا | على البائع |
| ٥٠٨ ثبوت الشفعة في الشقص اذا بيع مع ما لا شفعة فيه | ٥٣٥ حكم الشفيع في الرد بالعيب حكم المشتري من |
| ٥٠٩ بيع شقصين من أرضين صفقة واحدة | المشتري |
| ٥١٠ عجز الشفيع عن ثمن الشقص يسقط الشفعة | ٥٣٦ انتقال حق الشفعة للورثة اذا طالب بها الميت |
| ٥١١ امتناع الاحتيال على إسقاط الشفعة | ٥٣٧ الاستدلال على ان الشفعة لا تورث عند ترك |
| ٥١٢ فروع في أنواع الاحتيال لاسقاط الشفعة | الميت طلبها |
| ٥١٣ الاستدلال على تحريم الحيل في دين الله تعالى | ٥٣٨ إسهاد الشفيع على المطالبة بالشفعة |
| ٥١٤ عند اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن يكون | ٥٣٩ الوصية بالشقص المشفوع |
| القول قول المشتري | ٥٤٠ حكم شراء المرتد للشقص المشفوع أوردته |
| ٥١٥ فروع في اختلاف الشفيع والمشتري في الثمن | بعد الشراء |
| ٥١٦ دعوى الشفيع على بعض الشركاء وشراء نصيبه | ٥٤١ اذن الشريك في البيع ثم مطالبته بالشفعة |
| ٥١٧ ادعاء المشتري ان الشراء لغيره | ٥٤٢ توكل الشفيع في البيع لا يسقط الشفعة |

| صفحة | صفحة |
|---|--|
| ٥٤٣ ضمان الشفيع للمهدة واختياره امضاء العقد لا | ٥٧٢ كون خيار الشرط لا يثبت في المساقاة |
| يسقط الشفعة | ٥٧٣ فروع في أن المساقاة لا تفتقر الى ضرب |
| ٥٤٤ بيان ما إذا كانت دارين ثلاثة واشترى اجني | مدة على القول بجوازها |
| نصيب أحدهم | ٥٧٤ هروب العامل في المساقاة وكونه أمينا |
| ٥٤٥ المصالحة على جزء من دار تثبت الشفعة في الباقي | والقول قوله |
| ٥٤٦ شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه ويبيع لاجني | ٥٧٥ عجز العامل عن العمل . اختلافهما في الجزء |
| ٥٤٧ فروع في شراء أحد الشركاء نصيب أحد شريكه | المشروط للعامل |
| ٥٥١ بيان ان الشفعة لا تثبت لكافر على مسلم | ٥٧٦ انما يملك العامل حصته من الثمرة بظهورها |
| ٥٥٢ ثبوت الشفعة للذمي على الذمي وحكمها في | ٥٧٧ اشتراط دارهم معلومة مع جزء من الثمرة لا يصح |
| أهل البدع | ٥٧٨ معاملة العامل في المساقاة لا خر على الأرض |
| ٥٥٣ ثبوت الشفعة للبدوي على القرمي وسقوطها | والشجر لا تجوز |
| في سواد العراق | ٥٧٩ المساقاة على غرس الشجر والعمل فيه حتى |
| ٥٥٤ (كتاب المساقاة) ومعناها | يشتر جائز |
| ٥٥٥ ثبوت المساقاة بالسنة والاجماع | ٥٨١ (باب المزارعة والخابرة ومعناها) |
| ٥٥٦ جواز المساقاة في جميع الشجر المنمر | ٥٧٢ المزارعة والخابرة ومعناها |
| ٥٥٧ عدم جوازها فيما لا ثمرة له كالصفصاف والجوز | ٥٨٣ الدليل على جواز المزارعة |
| ٥٥٨ حكم المساقاة على الثمرة الموجودة هل تصح أم لا | ٥٨٥ الاستدلال على جواز المزارعة منفردة عن المساقاة |
| ٥٦٠ المساقاة على شجر من أجناس كالتين والزيتون | ٥٨٨ جواز المزارعة على أرض فيها شجر ساقاه عليه |
| والكرم | ٥٨٩ يشترط في المزارعة أن يكون البذر من رب الارض |
| ٥٦١ فروع في الشروط التي تبطل بها المساقاة | ٥٩٠ فروع فيمن يجب عليه البذر في المزارعة |
| ٥٦٢ اشتراط الامور التي تبطل بها المساقاة | ٥٩١ صحة كون البذر منها نصفين بشرط أن |
| ٥٦٣ صحة مساقاة أحد الشريكين شريكه | يكون الزرع بينهما كذلك |
| ٥٦٤ صحة المساقاة على البعل من الشجر | ٥٩٢ الشروط التي تمتنع في المزارعة |
| ٥٦٥ بيان ما يلزم العامل عند اطلاق عقد المساقاة | ٥٩٣ بيان الشروط الفاسدة في المساقاة والمزارعة |
| ٥٦٦ اطلاق عقد المساقاة وماذا يجب فعله على | وأقسامها |
| العامل أو المالك | ٥٩٤ إذا دفع رجل بذره الى صاحب الارض |
| ٥٦٧ كون الجذاذ والحصاد واللقاط على العامل | ليزرعه في أرضه |
| ٥٦٨ كون المساقاة والمزارعة من العقود الجائزة | ٥٩٥ حكم الحب الساقط اذا ثبت في الارض عاما آخر |
| ٥٦٩ الاستدلال على أن المساقاة عقد جائز | ٥٩٦ اجارة الارض خاصة وجوازها بالذهب |
| ٥٧٠ تقدير مدة المساقاة هل هو شرط فيها أم لا ؟ | والووق والعروض |
| ٥٧١ بيان ما يتقدر به أقل مدة المساقاة | ٥٩٧ اجارة الارض بالطعام وأقسامها وأحكامها |